Das eigene Verschulden des Beschädigten bei Schadenersatzansprüchen in § 254 BGB.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Wilhelm Jans
aus Bochum
Referendar am Landgericht zu Bochum.

Approbiert am 12. Oktober 1929.

Bochum
Buchdruckerei Joseph Braun
1929.

29:364

Referent:

Geh. Just.-Rat Univ.-Professor Dr. Kübler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit gewidmet!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0065

Literatur-Verzeichnis:

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, Berlin 1821.
Berger: Das Anwendungsgebiet des § 254 B. G. B., Gießen 1921.
Berner: Eigenes Verschulden des Beschädigten, Leipzig 1902.
Bienenfeld: „Eigenes Verschulden" oder „Mitverschulden" des Verletzten, Seuff. Bl. 68. Jahrgang.
Binder: Zur Lehre von Schuld und Haftung, Iher. Jahrb. 77, S. 75f; 78, S. 163f.
Cohn: Untersuchungen zum § 254 B. G. B., Gruchot's Beiträge, Band 43.
Crome: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Berlin 1899.
Croissant: Eigenes Verschulden und Handlungsfähigkeit, ein Streifzug in das Gebiet des Haftpflichtgesetzes, Straßburg 1893.
Demelius: Ueber Kompensation der Culpa, Iher. Jahrb. Bd. 5.
Dernburg: Pandekten, 5. Auflage.
Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, Halle 1897.
Dreier: Das Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen des B. G. B., Diss. Leipzig 1905.
Dronke: Eigenes Verschulden, Sonderheft 25, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen.
Ueber die Pflichten des Verletzten . . ., Eisenbahnrechtliche Entscheidung 22.
Endemann: Lehrbuch des B. G. B., Berlin 1903.
Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation, Berlin 1893.
Elsas: Das eigene Verschulden in § 254 B. G. B., Diss. Tübingen 1913.
Eger: Das Reichshaftpflichtgesetz, 6. Aufl. 1906.
Das Reichsgesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen, 1911.
Enneccerus — Kipp — Wolff: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Marburg 1923.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. (R. G.)
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (R. O. H. G.).
Fischer-Henle: Handausgabe des B. G. B., 1927.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1924.
Fröhner: Die Anwendbarkeit des § 254 B. G. B. auf die Ansprüche aus dem Eigentum, Recht 1920.
Görres: Ueber das Verschulden im Prozesse, Z. Pr. 34, S. 1.
Goez: Das Selbstverschulden des Beschädigten und die Verteilung des Schadens nach § 254 BGB, Diss. Leipzig 1907.
Gottschalk: Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach B. G. B. Berlin 1903.

Gradenwitz: Interpolationen in den Pandekten, Berlin 1887.
Glück: Ausführl. Erläuterungen der Pandekten, Erlangen 1813.
Juristische Wochenschrift (JW), Organ das Deutschen Anwaltvereins.
Kahn: in Archiv für bürgerliches Recht Bd. 34, S. 356.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1904.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, 5. Aufl.
Krückmann: Verschuldensaufrechnung, Gefährungsaufrechnung und Deliktsfähigkeit, Iher. Jahrb. 55.
Labowski: Eigenes Verschulden bei Schadensersatzansprüchen nach gemeinem Recht und B. G. B., Erlangen 1898.
Leyden von: Die sog. Kulpakonpensation im B. G. B., Berlin 1902.
Leonhard: Die Beweislast, Berlin 1926.
Liszt von: Die Deliktsobligationen im System des B. G. B., 1898.
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1919.
Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin, Leipzig 1888.
Mommsen: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855.
Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefährdungstragung, Arch. Ziv. Prax. 1912.
Örtmann: Das Recht der Schuldverhältnisse, 3./4. Aufl. 1910.
Pernice: Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach Römischem Recht, Weimar 1867.
Labeo, 2. Aufl. Halle 1895.
Planck: Kommentar zum B. G. B.
Pönsgen: Die Möglichkeit der Anwendung des § 254 beim Vorliegen der Veranlassungshaftung, Heidelberg 1909.
Prizibilla: Das mitwirkende Verschulden der Vertreter und Gehilfen, JW 1909 S. 179.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B., 1897.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Rosenberg: Die Beweislast, Berlin 1923.
Rösener: Das konkurrierende Verschulden im Sinne des § 254, Diss. Leipzig 1908.
Rümelin: Die Verwendung des Kausalbegriffes, Arch. Ziv. Praxis 90.
Das Verschulden im Straf- und Zivilrecht, Tübingen 1909.
Sartori: Das mitwirkende eigene Verschulden des Geschädigten in § 254 B. G. B. im Gegensatz zum Verschulden im engeren technischen Sinne, Würzburg 1924.
Schierlinger: Das Reichshaftpflichtgesetz und § 254 B. G. B. Seufferts Blätter 75 Seite 66.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse, München 1900.
Schulte-Langforth: Verschulden gegen sich selbst als Rechtswidrigkeit, Diss. Bonn 1928.
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.

Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach bürgerl. Recht, Iher. Jahrb. 50, S. 55.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 11. Aufl.
Staudinger: Kommentar zum B. G. B., Berlin 1912.
Stölzel: Schulung für zivilistische Praxis, Berlin 1913.
Träger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, Marburg 1904.
Tuhr von: Der allgem. Teil des deutschen bürgerl. Rechts, Leipzig, 1910.
Warneyer: Kommentar zum B. G. B. Bd. 1, Tübingen 1923.
Wendt: Eigenes Verschulden, Iher. Jahrb. 31, S. 137.
Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, Archiv z. Pr. 87, Seite 422.
Die Exceptio doli generalis im heutigen Recht, Archiv z. Pr. 100, S. 1.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt 1900.
Weyl: System der Verschuldungsbegriffe im B. G. B., München 1906.
Zitelmann: Das Recht des B. G. B., Allgem. Teil, Leipzig 1900.
Operationsverweigerung und eigenes Verschulden, Arch. für bürgerl. Recht 40, S. 213.
Der Ausschluß der Widerrechtlichkeit, Arch. z. Pr. 99, S. 1.

Inhaltsverzeichnis:

Seite

I. Vorgeschichte des § 254 B. G. B. 1
   a) römisches Recht;
   b) gemeines Recht;
   c) Partikularrechte.

II. Entstehungsgeschichte des § 254 B. G. B. 5

III. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 254 . . . 6
   a) Problem des Schadens;
   b) Problem der Kausalität;
   c) Begriff und Wesen des Verschuldens im Sinne des § 254.

IV. Die Schadensverteilung beim eigenen Verschulden . . 15

V. Die entsprechende Anwendung des § 278 und die §§ 831 und 829 B. G. B. 16

VI. Die Geltendmachung des eigenen Verschuldens im Prozeß 20

VII. Hinweis auf das Anwendungsgebiet des § 254 21
   a) Anwendungsfälle innerhalb des B. G. B.;
   b) Analoge Anwendung des § 254;
   c) Anwendungsfälle des § 254 in anderen Reichsgesetzen und den Landesgesetzen.

I. Vorgeschichte des § 254 BGB.

a) Römisches Recht.

Für das römische Recht läßt sich die Bedeutung des eigenen Verschuldens am besten mit dem Ausspruch des Pomponius (1. 203. D 50, 17) kennzeichnen: Quod quis ex culpa sua damnnum sentit non intellegitur dammnum sentire. In dieser Sentenz haben wir einen Rechtssatz von allgemeiner Bedeutung vor uns, sodaß unter ihn sich auch die Fälle bringen lassen, in denen nur ein konkurrierendes Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat. Ein Beispiel, daß von allen Schriftstellern als ein Fall der Kulpakonpensation angesehen wird, bietet das Quellenbeispiel 1. 11. fr. D. Ad Leg. Aqu. 9, 2:

Ulpianus libro octavo decimo ad edictum: Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: qumvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere.

Ein ähnlich gelagerter Fall findet sich frg. 9 § 4 eod. Hier wird ein Sklave, der über ein campus iaculatorius geht von einem Speerwerfer getötet. Die Entscheidung geht dahin, daß der Beschädiger nicht für den durch den Tod des Sklaven entstandenen Schaden einzustehen hat; quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. Hieraus bleibt zu folgern, daß das eigene Verschulden des Beschädigten die Haftung des Schädigers aufhebt. Als letztes Beispiel, in dem das Verschulden außerhalb eines Vertrages liegt, sei der von Paulus am Anfang des fr. 28 ad. leg. Aqu. aufgeworfene Fall besprochen. Es handelt sich darum, ob diejenigen, die Fallgruben anlegen, sich für ein dadurch entstandenes Unglück schadensersatzpflichtig machen. Bejaht wird die Ersatzpflicht für den Fall, daß die Anlage auf Wegen angelegt wird, verneint jedoch, wenn sie sich dort befinden, ubi fieri solent.

Im § 1 wird noch hervorgehoben:

„Haec tamen actio ex causa danda est, id est, si neque denuntiatum est, neque scierit aut providere potuerit: et multa huiusmodi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum potuerit."

Die actio ist also gegeben, wenn es dem Beschädigten trotz seiner Sorgfalt unmöglich war, die Gefahr zu vermeiden, sei es,

daß ihm keine Kenntnis gegeben war, oder er es nicht wußte, oder vorhersehen konnte. Sofern diese Momente nicht vorliegen, soll die Schadenersatzpflicht des Beschädigers entfallen.

Ein bei der Behandlung der Lehre vom eigenen Verschulden oft zitiertes Beispiel findet sich in fr. 45 § 1 de actionibus empti venditi Dig. 19, 1:

. . . . . Si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat" . . . .

Nach Anführung noch eines ähnlichen Beispieles schließt die Stelle des Paulus:

„In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimode teneri debet."

Es fragt sich also, ob nicht das Unterlassen, die exceptio doli vorzubringen, dem Käufer als eigenes Verschulden entgegen zu halten ist, wenn er seine Aufwendungen nicht von dem Vindikanten ersetzt bekommt.

Von Interesse ist die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn auch dem Beschädigten ein dolus zur Last fällt. Dieser Fall findet sich in fr. 57 § 3 de contrahenda emptione Dig. 18, 1:

„Quod si unterque sciebat et emptor et venditor domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse dolo inter utramque partem compensando et judicio quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente stare non concedente."

Weitere Stellen, die für unsere Frage von Interesse sind, finden sich: fr. 23 § 8 de aedilicio edicto Dig. 21, 1; fr. 62 § 7 de furtis Dig. 47, 2 und die bekannte Stelle fr. 72 pro socio Dig. 17, 2.

Als Ergebnis aus den genannten Stellen ist für das mitwirkende Verschulden festzustellen, daß wenn dem Beschädiger dolus zur Last fällt, dem Beschädigten aber ein geringeres Verschulden, sei es culpa lata oder culpa levis, der Schadensersatzanspruch bestehen bleibt, da das geringe Verschulden keine Berücksichtigung findet. In anderen Fällen hingegen kann der Beschädigte beim Zusammentreffen von Verschulden des Schädigers und Beschädigten keine Ersatzansprüche geltend machen.

b) Gemeines Recht.

Für das gemeine Recht sind die Lehren von Mommsen, Windscheid und Dernburg von Einfluß gewesen. Mit dem Hinweis auf die genannte Stelle des Pomponius kam durch Mommsen[1]) und Windscheid[2]), der sich ihm anschloß, die Lehre von

[1]) Beiträge zum Obl. R. II zur Lehre vom Interesse S. 157.
[2]) Pand. II § 258 S. 64.

der Diligenzpflicht auf als Verpflichtung des Geschädigten zur Schadensabwehr bezw. -Minderung.

Anderer Ansicht ist Dernburg[3]), der als Rechtsgrund für die Versagung eines Ersatzanspruches bei einem mitwirkenden Verschulden des Geschädigten die Unterbrechung des Kausal-Zusammenhanges ansieht. Wenn der Beschädigte die in seiner Hand liegenden, durch die Umstände offensichtlich gebotenen Vorkehrungen zur Abwendung des Schadens versäume oder ihn ja absichtlich vergrößere, so sei dies die Hauptursache seines Schadens gewesen. Der Dritte könne daher deswegen nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Der Grund für die unbefriedigenden Lösungen des Problems der Verteilung des Schadens bei einem mitwirkenden Verschulden des Beschädigten liegt in der rechtlichen Konstruktion, die man bei Lösung der Fälle anwandte.

Die Vornahme einer „Kulpakompensation"[4]), d. h. einer Aufrechnung der Schuld des Schädigers und Beschädigten, brachte das Ergebnis, daß bei einem mitwirkenden Verschulden des Beschädigten das Verschulden des Schädigeers durch das des Beschädigten als getilgt angesehen wurde. Da so der Rechtsgrund der Haftung des Schädigers entfallen war, blieb der gesamte Schaden bei dem Beschädigten. Die Wirkung des mitwirkenden Verschuldens war rechtlich somit als Wirkung einer Kompensation angesehen.[5])

Als Fehler der gemeinrechtlichen Lehre ist es anzusehen, daß sie sich zu sehr von dem Gedanken an die eigentliche Kompensation, der Forderungskompensation, leiten ließ und dabei übersah, daß nur äußerlich der einer Culpacompensation zu Grunde liegende Tatbestand einer Forderungsaufrechnung glich. Die Bezeichnung „compensatio" gibt für die Culpacompensation lediglich einen Vergleich und ist nur bildlich aufzufassen[6]), sonst aber haben Culpacompensationen und Forderungscompensationen nichts gemein.

In der neueren gemeinrechtlichen Rechtssprechung[7]) fand dann, da die auf Grund des Aufrechnungsprinzips erzielten Ergebnisse, wenn das Verschulden des Beschädigten das geringere

---

[3]) Pand. II S. 127.

[4]) Die Quellen bezeichnen mit compensatio im gewöhnlichen Sinne „debiti et crediti inter se contributio (1. 1. D. 16, 2). Die Entstehung des Ausdrucks ist zurückzuführen auf die Quellen: 1 57, 3 D. 18, 1 „dolo inter utramque partem compensando"; 1. 10. fr. D. 16, 2 „conpensatione negligentiae"; 1. 3. § 3 D. de eo per quem 2. 10: ab utraque parte dolo conpensando.

[5]) Siehe auch Goez S. 4 ff.

[6]) Labowsky S. 34 § 10.

[7]) R. O. H. G. Band 16 Nr. 32; Bd. 20 Nr. 40 und 66.

war, unbillig erschienen, das geringere mitwirkende Verschulden des Beschädigten gegenüber dem größeren des Schädigers keine Beachtung. Aus Billigkeitsgründen trat somit an die Stelle des Aufrechnungsprinzips das Abwägungsprinzip, das eine dem Einzelfall billigere Entscheidung herbeiführte.

Erwähnt sei noch, daß im gemeinen Recht über die Haftung für ein Verschulden der Hilfspersonen Streit herrschte. Nach der herrschenden Lehre war zu unterscheiden, ob der Geschäftsherr Hilfspersonen hinzuziehen dürfte oder nicht. War ihm dieses nicht gestattet, so lag in der Heranziehung ohne weiteres ein Verschulden. Im anderen Falle haftete er nur für ein Verschulden seiner Leute bei culpa in eligendo oder custodiende.

c) Partikularrechte.

Von den Kodifikationen ist an erster Stelle das Preußische Allgemeine Landrecht[8]) zu nennen. In seinen §§ 18—21 I Tit. 6 unter der Ueberschrift: „In-wie-fern die Schuld des Beschädigten den Beschädiger vom Ersatz befreie", gibt es in kasuistischer Weise seine Bestimmungen. Mit der neueren gemeinrechtlichen Lehre hat das ALR. gemeinsam, daß sich auch bei ihm die Einwirkung des mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten nach dem Verschulden richtet. Im einzelnen ist zu sagen, daß der erlittene Schaden dem Beschädigten nicht ersetzt werden soll, wenn er vorsätzlich gehandelt hat, auch weiter dann nicht, wenn ihm ein großes Versehen, dem Beschädiger aber nur ein mäßiges oder geringes Versehen zur Last fällt. Nur der unmittelbare Schaden braucht im Falle mäßigen oder geringen Versehens des Beschädigers ersetzt zu werden, wenn es der Beschädigte hinsichtlich der Anwendung des Schadens an der gewöhnlichen Aufmerksamkeit fehlen ließ. Einen Anspruch auf den gesamten Schaden hat der Beschädigte allein dann, wenn seinem geringen Versehen ein mäßiges oder grobes Versehen des Beschädigers gegenübersteht.

Im österreichischen allgemeinen BGB wird im § 1304 die Frage des konkurrierenden Verschuldens behandelt: Wenn bei einer Beschädigung ein Verschulden von Seiten des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig; und wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen läßt, zu gleichen Teilen.

In der letzten Kodifikation vor dem BGB, dem sächsischen BGB (in Geltung getreten am 1. 3. 1865) hat die gemeinrechtliche Lehre von Mommsen und Windscheid ihre Anwendung gefunden. § 688 lautet[9]): Der Beschädigte kann Ersatz des Schadens,

---

[8]) Dernburg, preußisches Privatrecht Bd. 2 S. 182; Demelius, Culpacompensation in Iher. Jahrb. Bd. 5 S. 85 f.

[9]) Siehe Berner S. 7.

der von ihm durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen, aufmerksamen Hausvaters hätte abgewandt werden können, nicht verlangen, wenn die verletzende Handlung auf absichtlicher Verschuldung eines anderen beruht.

II. Die Entstehungsgeschichte des § 254 BGB.

Vielfachen Veränderungen ist der § 254 unterworfen gewesen, ehe er seine vorliegende Fassung erhielt. Im ersten Entwurf des BGB war der § 222 Vorläufer des § 254:

„Hat bei der Entstehung des von einem anderen verschuldeten Schadens eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, wenn auch nur in Ansehung der Abwendung des Schadens mitgewirkt, so hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen, ob und in welchem Umfange der andere zum Schadenersatz verpflichtet sei. Das Gericht hat bei der Entscheidung insbesondere zu würdigen, ob und inwiefern das Verschulden des Anderen oder die Fahrlässigkeit des Beschädigten überwogen hat."

Die Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB nahm, veranlaßt durch verschiedene Anträge Abänderungen vor, auf Grund deren § 222 im 2. Entwurf als § 217 folgenden Wortlaut erhielt:

„Hat bei der Entstehung eines Schadens, wenn auch nur durch Unterlassung der Abwendung oder Minderung desselben ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze, sowie der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht ist."

In kaum veränderter Form ist diese Fassung als § 244 in die Bundesratsvorlage und hernach als § 248 in die Reichstagsvorlage übernommen worden.

Die Kommission des Reichstags vergrößerte den Umfang des § noch durch die Einbeziehung des § 278 BGB und den Zusatz, daß ein Verschulden des Beschädigten auch dann als vorliegend anzusehen sei, wenn er es unterlassen habe, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die dieser weder kannte, noch kennen mußte.

Die Bedeutung des eigenen Verschuldens des Beschädigten bei Schadenersatzansprüchen wollte der 1. Entwurf unter dem Einfluß der gemeinrechtlichen Anschauungen in der Weise regeln, daß er nach den verschiedenen Graden des Verschuldens auf beiden Seiten unterschied. Sowohl für den Fall, daß ein Schaden durch die Schuld eines anderen und eigene Fahrlässigkeit des Beschädigten entstanden ist, als auch für den weiteren Fall, daß der Beschädigte sich bei der Abwendung des Schadens nur nachlässig gezeigt hat, stellte der erste Entwurf auf das richter-

liche Ermessen ab, ob und in welchem Umfange ein Schadensersatzanspruch des Beschädigten begründet sei.

Da nun § 222 des 1. Entwurfes zur Voraussetzung ein Verschulden des Schädigers hat, wäre seine Anwendung auf die zahlreichen Fälle, in denen eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden des Ersatzpflichtigen vom Gesetz anerkannt ist, zu versagen gewesen. Nach der Begründung in den Protokollen[1]) gab die 2. Kommission, „um auch solche Fälle zu decken, bei welchen jemand für seine eigenen Handlungen ohne Rücksicht auf Verschulden oder für die Handlungen eines Dritten einzustehen hat", dem Gesetz die in das BGB übernommene Fassung: hat bei der Entstehung eines Schadens... mitgewirkt. Die Frage, welche Umstände im Falle einer Veranlassungshaftung für den Umfang der Schadensersatzpflicht vornehmlich zu beachten seien, glaubte die Kommission dadurch zu umgehen, daß sie „als den für die Abgrenzung der Ersatzpflicht vorzugsweise maßgebenden Umstand nicht die Schwere des beiderseitigen Verschuldens, sondern das Kausalverhältnis bezeichnete."[2])

Auf diese Weise erhielt denn § 254 die Fassung, daß die pflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon abhängt, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

Für die Auslegung des § 254 ist seine Entstehungsgeschichte von großer Bedeutung. An verschiedenen Stellen wird auf den Entwicklungsgang zurückzugreifen sein, sodaß eine einheitliche Darstellung zweckmäßig erschien.

III. Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 254 BGB.

a) Problem des Schadens.

Als erste Voraussetzung einer Ersatzpflicht kommt die Entstehung eines Schadens in Betracht.

Die Bestimmungen über Schaden und Schadensersatz stehen in den §§ 249 ff. Ein bestimmter Schadensbegriff ist im BGB nicht enthalten. Unter Schaden hat man jedoch den Nachteil zu verstehen, der eine Person oder deren Vermögen infolge eines Ereignisses getroffen hat.

Im BGB wird zwischen Vermögensschaden und ideellem Schaden unterschieden. Nach herrschender Ansicht versteht man unter Vermögensschaden das rechnerische Ergebnis, das sich ergibt beim Vergleiche des Gesamtvermögens vor dem schädigenden Ereignis mit dem Gesamtvermögen nach demselben. Die

[1]) Bd. I S. 300.
[2]) Prot. Bd. I S. 300.

Differenz, das damnum imergens, ist zu ersetzen und darüber hinaus noch nach § 252 der entgangene Gewinn.

Eine Definition für den ideellen Schaden hat das BGB nur indirekt gegeben, indem es den Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, darunter versteht (§§ 253, 825, 847, 1300 BGB). Eine rechnungsmäßige Feststellung des Schadens ist natürlich nicht möglich, da es sich um eine Verletzung ideeller Werte handelt, für die eine Umwertung fehlt. Im wahren Sinne des Wortes läßt sich der Schaden durch Geld nicht ersetzen. Durch die Zuerkennung einer billigen Entschädigung in Geld kann lediglich erreicht werden, daß der Geschädigte durch materielle Vorteile den ideellen Schaden nach Möglichkeit ausgeglichen erhält.

Nach § 249 ist Schadenersatz durch Naturalrestitution zu leisten, d. h. durch Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dies gilt grundsätzlich für Vermögensschaden wie bei Verletzung ideeller Rechtsgüter in gleicher Weise.[1])

Einen Unterschied macht das BGB nur dann, wenn die Herstellung unmöglich ist, oder sie zur Schadloshaltung nicht ausreicht. Handelt es sich in einem solchen Falle um einen Vermögensschaden, so hat stets eine Geldentschädigung einzutreten, hingegen ist ein Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, nur in den durch das Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen wieder gutzumachen. Zu bemerken ist, daß das BGB in den Fällen, in denen es für die Verletzung ideeller Rechtsgüter eine Geldrente vorsieht, von einer billigen Entschädigung in Geld und nicht von einem Schadensersatz spricht.

Dadurch, daß das Gesetz in § 249 das Wort „Herstellung" des früheren Zustandes und nicht Wiederherstellung braucht, bringt es zum Ausdruck, daß dann, wenn die Wiederherstellung des früheren Zustandes unmöglich ist, der Beschädigte einen Anspruch auf die Herstellung eines wirtschaftlich gleichen Zustandes hat.

Eine „Wiederherstellung" ist hin und wieder ohne Aufwendungen aus dem Vermögen des Ersatzpflichtigen möglich, während zur Herstellung eines nur wirtschaftlich gleichen Zustandes dann, wenn eine „Wiederherstellung" unmöglich ist, stets Aufwendungen aus dem Vermögen des Ersatzpflichtigen erforderlich sind. Die Unterscheidung zwischen Herstellung und Wiederherstellung ist daher für die Anwendbarkeit des § 254 von Bedeutung. Für den Fall nämlich, daß es sich um die Wiederherstellung des alten Zustandes handelt und sie ohne Aufwendungen aus dem Vermögen des Ersatzpflichtigen möglich ist, kann § 254 keine Anwendung finden. § 254 will nämlich den Ersatzpflichtigen nicht letzten Endes bereichern, wenn bei der Entstehung eines zum Ersatz verpflichtenden Schadens ein

[1]) R. G. Kom. § 249 Z. I.

schuldhaftes Verhalten des Beschädigten mitgewirkt hat. Hingegen steht § 249 der Anwendbarkeit des § 254 nicht entgegen, wenn die Wiederherstellung eines wirtschaftlich gleichen Zustandes angestrebt wird, die Herstellung also nur mit Mitteln aus dem Vermögen des Schädigers möglich ist.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß nur solche Aufwendungen als Schadensersatz i. S. des § 254 zu verstehen sind, die der Ersatzpflichtige aus seinem Vermögen zur Herstellung des früheren Zustandes zu machen hat. Daher ist im Falle des § 250 die Anwendbarkeit des § 254 insoweit möglich, als Geldersatz an die Stelle des Herstellungsanspruchs tritt, da „sonst der Beschädiger es in der Hand hätte, selbst durch Verweigerung der Herstellung den Umfang der Anwendbarkeit des § 254 zu bestimmen."[2])

Hervorzuheben ist, daß das BGB beim Ersatz eines ideellen Schadens nicht von Schadensersatz, sondern einer billigen Geldentschädigung spricht, die stets aus dem Vermögen des Ersatzpflichtigen zu leisten ist. Auch für diese Fälle ist die Anwendbarkeit des § 254 zu bejahen, da die Verhältnisse beim Ersatz eines Vermögensschadens und bei der Entschädigung für ideellen Schaden gleich gelagert sind.

Eine Folge der vorgenannten Grundsätze ist, daß der Eigentumsanspruch aus § 985, die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung sowie die Vergütung in Geld nach § 951 nicht als Schadensersatz aufzufassen sind.

Nicht unbestritten ist es, ob der Anspruch aus § 985 ein Schadensersatzanspruch ist oder nicht. Da von der Beantwortung der Frage die Anwendbarkeit des § 254 abhängt, muß auf den Streit der Meinungen eingegangen werden.

Zuzugeben ist, daß seinem wirtschaftlichem Zwecke und Ziele nach der Herausgabeanspruch einem Schadensersatzanspruch je nach den Umständen mehr oder minder ähnlich erscheint, da beide auf eine Ausgleichung der durch die Vorenthaltung der Sache im Vermögen des Eigentümers entstandenen Lücke gerichtet sind. Jedoch darf man nicht weiter gehen und den Herausgabeanspruch als richtigen Schadensersatzanspruch ansehen. Zu dieser Ansicht kann man gelangen,[3]) wenn man fragt, was will § 249 erreichen: Herstellung des Zustandes der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und dann sich die weitere Frage vorlegt, ob nicht durch die Herausgabe der Sache, d. h. die Wiederbeschaffung des Besitzes der Zustand hergestellt wird, der bestehen würde, wenn der Besitzverlust nicht eingetreten wäre.

---

[2]) Cohn S. 380, v. Leyden S. 87, Gottschalk S. 111, Planck II. 1 ad. § 254.

[3]) Siehe Fröhner im Recht 1920 S. 141.

Dieser Beweisführung darf man nicht folgen. Der Eigentumsanspruch hat mit einem Schadensersatzanspruch nichts zu tun.[4]) Wie eingangs hervorgehoben, versteht man unter Schaden die rechnungsmäßig festgestellte Differenz, die das Gesamtvermögen vor und nach dem schädigenden Ereignisse aufweist. Kann nun der Eigentümer mit der Klage aus § 985 durchdringen, so ist dieser Anspruch als Aktivposten mit in die Vermögensaufstellung hereinzuziehen, denn er ist dem wirklichen Besitz begrifflich gleichwertig.

Weiter können Ansprüche aus den §§ 249 und 985 nur in den Fällen identisch sein, in denen die Schadensersatzforderung nicht lediglich auf Herstellung eines wirtschaftlich gleichen, sondern auf Wiederherstellung des früheren Zustandes geht. Wie schon hervorgehoben, muß in diesen Fällen die Anwendbarkeit des § 254 verneint werden. § 249 und § 985 unterscheiden sich aber ganz wesentlich dadurch, daß durch die Klage aus § 249 nur die Herstellung eines Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und nicht wie mit der Eigentumsklage des tatsächlich alten Zustandes verlangt wird.

Die Eigentumsklage nach § 985 läßt somit einen Einwand des Besitzers auf ein mitwirkendes Verschulden nicht zu.[5])

Bereicherungsanspruch und Schadensersatzanspruch haben eine gewisse Aehnlichkeit, sind jedoch scharf zu trennen. Eine ungerechtfertigte Bereicherung soll eine innerlich nicht gerechtfertigte Vermögensverschiebung wieder ausgleichen. Während sie formell eine Aufwendung aus dem Vermögen des Bereicherten ist, ist sie es materiell nicht, denn nur das rechtlos Erlangte muß herausgegeben werden, soweit der Empfänger noch bereichert ist. Von einem Schadensersatz kann also keine Rede sein. Der Einwand aus § 254 ist somit nicht möglich. Das Gesetz gibt in den §§ 814 und 818 durch den Einwand, der Kläger habe den fehlenden Grund der Leistung gekannt oder für den Beklagten durch den Einwand des Wegfalles der Bereicherung innerhalb des Konditionsgebietes die genannten besonderen Verteidigungsmaßnahmen.

Gleiche Erwägungen haben durchzugreifen im Falle des § 951, nach dem derjenige „eine Vergütung in Geld" nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen kann, der infolge von Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung einer Sache einen Rechtsverlust erlitten hat.

---

[4]) Siehe auch Reichsgericht 93, 283.

[5]) Gleiche Erwägungen kommen in Betracht bei dem Anspruche aus § 987 Abs. 1 im Gegensatz zu § 987 Abs. 2, der einen Schadensersatzanspruch darstellt, dem gegenüber § 254 anwendbar ist. Siehe auch R. G. 93, 283.

Hingewiesen sei noch darauf, daß das H. G. B. beim Fixgeschäft des § 376 H. B. G. eine besondere Berechnung des Schadens kennt. Ist nämlich der Verkäufer mit der Leistung in Verzug, so kann der Käufer, falls die Ware einen Börsen- oder Marktpreis hat, als Schadensersatz den Unterschied des Kaufpreises und des Börsen- und Marktpreises zur Zeit und am Orte der geschuldeten Leistung fordern. (§ 376 Abs. 2 HBG.) Bei der Eigenart des Geschäftes können Einwendungen aus § 254 nicht Platz greifen. Eindeutig wird vom Gesetz festgelegt, daß dem Berechtigten ohne weiteres als Schadensersatzanspruch die genannte Differenz zusteht.

b) Problem der Kausalität.

Im Laufe der Jahre ist über das Problem der Kausalität eine äußerst umfassende Literatur entstanden. Die Anregung ging vom BGB selbst aus, in dem die Frage der Kausalität nicht geklärt ist, vielmehr der Wissenschaft überlassen wurde.

Die Aufgabe der Wissenschaft war es somit, einen Kausalitätsbegriff zu finden, der eine billige Entscheidung zur Folge hat, ohne daß die Frage nach der Kausalität mit der Schuldfrage vermischt wurde. Eine allgemein anerkannte Lösung des Problems ist noch nicht gefunden worden. Fast gänzliche Einigkeit besteht jedoch insoweit, als man in der Literatur und Praxis den Standpunkt vertritt, daß aus Billigkeitserwägungen heraus der Kausalbegriff im Zivilrecht einzuschränken sei. Den wenigen außenstehenden Wissenschaftlern, die von der Bedingungstheorie nicht abgehen, nach der als Ursache eines Erfolges jede Bedingung anzusehen ist, die nicht hinweg gedacht werden kann, ohne daß der Eintritt des eingetretenen Erfolges entfallen müßte[6]), ist zuzugeben, daß sie aus logischen Erwägungen heraus schlechterdings unanfechtbar ist.

Von den zahlreichen Theorien, die einen festen Begriff einer adäquaten Verursachung geben wollen, sei vornehmlich auf auf die Darstellung von Träger[7]) hingewiesen und sie einer näheren Betrachtung unterzogen. Besonders sind es drei Gründe, die seiner Theorie vom generell begünstigenden Umstande den Vorzug vor anderen Kausalitätstheorien geben. Im Gegensatz zu den individualisierenden Theorien, die nur die wirksamste Bedingung als Ursache ansehen — von ihrem Standpunkt ist also der im Zivil- wie Strafrecht vorhandene und notwendige Begriff des Mitverursachens unmöglich — setzt sich der Kausalitätsbegriff Träger's nicht in Gegensatz zu vorhandenen Rechtsbegriffen. Weiter finden wir in Trägers Theorie nicht die Schuldfrage mit der Kausalität verbunden, wie es z. B. von Kries

---

[6]) So v. Liszt, Obl. S. 68.
[7]) Träger, der Kausalbegriff.

in seiner Theorie der subjektiv adäquaten Verursachung tut. Zuletzt noch ist der Theorie zuzugeben, daß man mit ihrer Hilfe zu einer billigen Entscheidung kommt.

Die von Träger formulierte Definition der Kausalität lautet: „Eine sich als conditio sine qua non eines bestimmten Erfolges erweisende Handlung oder sonstige Begebenheit ist dann adäquate Bedingung des Erfolges, wenn sie generell begünstigender Umstand eines Erfolges von der Art des eingetretenen ist, d. h. wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht. — Um das erforderliche Möglichkeitsurteil zu bilden, ist das gesamte Erfahrungswissen zugrunde zu legen und es sind vorauszusetzen alle zur Zeit der Begehrung der Handlung vorhandenen Bedingungen, die zu diesem Zeitpunkte dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren, ferner die dem Täter selbst außerdem noch bekannten."

Wenngleich der Gesetzgeber es unterlassen hat, einen festen Kausalitätsbegriff zu geben, so ist doch aus zwei Bestimmungen des BGB zu erkennen, daß er grundsätzlich eine Kausalität nur dann als vorliegend ansieht, wenn die Handlung und der Erfolg in adäquaten Zusammenhang stehen.

Zu diesem Schluß kommt man, wenn man von der allgemeinen Erwägung ausgeht, daß im BGB jede überflüssige Bestimmung peinlichst vermieden ist. Stände das BGB nämlich auf dem Standpunkt, daß stets auch für inadäquate Folgen gehaftet werden müßte, so wäre die Hervorhebung dieser Folgen in § 287 (Fall des Schuldnerverzuges) und in § 848 (Fall der Rückgabepflicht einer durch eine unerlaubte Handlung erlangten Sache) überflüssig. Die genannten Bestimmungen ordnen an, daß auch für bloß zufällig verursachte Folgen eingestanden werden muß.

Mit Ausnahme der vorgenannten Vorschriften ist festzustellen, daß der Kausalzusammenhang nur dann vorliegt, wenn die Handlung und der Erfolg in adäquatem Zusammenhange stehen. Diese Stellungnahme ist für die Anwendung des § 254 dann von Bedeutung, wenn der Geschädigte durch Handlungen oder Unterlassungen in die Kausalreihe derartig eingegriffen hat, daß die Handlung des Schädigers und der eingetretene Erfolg nicht mehr in adäquatem Zusammenhange stehen.

Träger bringt hier folgenden Fall als Beispiel: A. verletzt das Rennpferd von B. leicht. Aus Aerger darüber, daß das Pferd im nächsten Rennen nicht laufen kann, tötet B. das Pferd. Vom Standpunkt der Theorie der adäquaten Verursachung ist hier bezüglich der Einwirkung § 254 unanwendbar. Hingegen wäre vom Standpunkt der Bedingungstheorie für die Anwendbarkeit des § 254 Raum.

In gleicher Weise ist § 254 unanwendbar, wenn die Handlung des Geschädigten nicht als adäquate „Mitursache" des

eingetretenen Schadens anzusehen ist, d. h. „wenn das schuldhafte Verhalten des Geschädigten sich nicht als ein solches darstellt, durch welches die Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell erhöht wird."

Zusammenfassend sei also festgestellt, daß § 254 nur dann Anwendung findet, wenn die haftungsbegründenden Tatsachen auf Seiten des Schädigers sowie die haftungsbeschränkenden Tatsachen auf Seiten des Geschädigten als adäquate Mitursachen des eingetretenen Erfolges anzusehen sind, sofern nicht die Fälle der §§ 287 und 848 vorliegen.

c) Begriff und Wesen des Verschuldens im Sinne des § 254.

Während auf der Seite des Schädigers ein Verschulden im Falle des § 254 nicht stets erforderlich ist, also das Vorliegen eines objektiv zum Schadensersatz verpflichtenden Umstandes genügt, ist das Vorhandensein eines Verschuldens auf Seiten des Beschädigten zur Anwendung des § 254 notwendige Voraussetzung. Denn nur ein schuldhaftes Mitwirken an dem Schadenserfolge gewährt dem Schädiger eine Berufung auf § 254.

Von Endemann[8]), Crome[9]), Croissant[10]) und Bienenfeld[11]) wird die Ansicht vertreten, der Ausdruck „Verschulden" der in § 254 gebraucht wird, sei eine bedeutungslose und offenbar irrtümliche Ausdrucksweise des Gesetzes. Das Wort Verschulden sei im nichttechnischen Sinne zu nehmen. Wie man im Leben sage: der Verletzte sei „schuld daran", bedeute es die Verursachung, jemand hat den Anlaß gegeben. Auch an anderen Stellen des BGB sei das Wort Verschulden im Sinne von verursachen gebraucht.

Dieser Ansicht ist, abgesehen davon, daß sie nur diejenigen Fälle erklärt, die von „Verschulden" sprechen, nicht aber auch die, die von vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten reden, entgegenzuhalten, daß in der ursprünglichen Fassung des § 254 von einer mitwirkenden Fahrlässigkeit die Rede war, die man später durch den Oberbegriff „Verschulden" ersetzte. Hierdurch wollte man die Annahme ausschalten, der mitwirkende Vorsatz unterliege anderen Regeln.[12])

Gegen Croissant's[13]) Ansicht, ein eigenes Verschulden verletze niemals ein fremdes Recht und könne deshalb auch niemals ein Verschulden im juristischen Sinne sein, ist zu sagen,

---

[8]) Lehrbuch S. 757 Anm. 6.
[9]) Lehrbuch I § 111.
[10]) S. 13 ff.
[11]) Seuff. Bl. 68 S. 489 ff., S. 493.
[12]) Vergl. Prot. II S. 601 ff.
[13]) a. a. O.
[14]) a. a. O. S. 70 ff.

daß das BGB den Verschuldungsbegriff an einzelnen Stellen gebraucht, wo an ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten Rechtsfolgen geknüpft werden, ohne daß von Sorgfaltspflichten Dritten gegenüber gesprochen werden kann. (Vgl. §§ 121, 228 Satz 2, 1611.)

Obwohl es also nicht notwendig ist, nach einer Rechtspflicht des Beschädigten den Schädigern gegenüber zu suchen, sind derartige Versuche gemacht worden. So von Gottschalk[14]), nach welchem zwar grundsätzlich in der Selbstschädigung nicht die Verletzung einer Rechtspflicht liegt, die etwa dem Handelnden selbst gegenüber bestanden habe, denn mit seinen Sachen dürfte jeder nach Gutdünken verfahren. In dem Augenblicke aber, in welchem der Einzelne mit anderen in Berührung komme, höre die Unbeschränktheit des Handelns auf; denn den Anderen dürfe man in seinen Rechtsgütern nicht stören oder seine rechtliche Lage beeinträchtigen. Auf dieser Anschauung beruhe das Schikaneverbot des § 226, bei dem es sich ebenfalls wie in § 254 um eine echte Rechtspflicht handele, die Rücksichtnahme auf andere verlange. Dort, wo keine ausdrückliche Vorschrift vorhanden sei, sei dies aus Treu und Glauben zu folgern.

Mit Hilfe von § 242 sucht Dronke[15]) eine Rechtspflicht nachzuweisen. Er geht von der Annahme aus, jedes Verschulden sei von der Uebertretung eines Rechtsgebotes nicht zu trennen. Dieses bestehe darin, daß sowohl für das Verhalten des Schuldners, als auch das des Gläubigers § 242 gelte; denn kein Gläubiger dürfte schrankenlos seine Rechte geltend machen. Ein Schuldverhältnis sei ein Rechts-, kein Gewaltsverhältnis, so daß auch der Schuldner vom Recht geschützt werde und auf der Gläubigerseite die Möglichkeit der Verletzung des Gegners gegeben sei. Gläubigerpflichten seien ausdrücklich in den dem § 254 gleichstehenden §§ 324, 615, 649 aufgestellt, in welchem wirkliche Verbindlichkeiten des Gläubigers enthalten seien, ein Ausfluß des allgemeinen in § 242 enthaltenen Rechtsgedankens. Ein Verstoß gegen sie sei echtes Verschulden.

Zuzustimmen ist Binder[16]), wenn er gegen Dronke geltend macht, daß seiner Auffassung der gesetzliche Begriff des Verschuldens entgegenstehe. Fahrlässig handele nicht, wer eine Pflicht zur Sorgfalt verletze, sondern wer „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt" verletze.[17])

Im Gegensatz zu diesen Lehren steht die Zitelmann's[18]), der sich Rümelin[19]), von Leyden[20]) und Träger[21]) anschließen.

---

[15]) Eisenb. Entsch. 22 S. 210, Sonderheft 25 S. 35.
[16]) Iher. Jahrb. 78 S. 180.
[17]) Aehnlich auch Planck § 276 A. 1 b.
[18]) Allgem. Teil S. 166 ff.
[19]) Arch. f. ziv. Pr. S. 311 ff.

Nach ihr handelt es sich im Falle des § 254 nicht um die Verletzung einer Rechtspflicht, die dem Geschädigten im Interesse eines anderen auferlegt ist, wie sie gewöhnlich beim Verschulden vorliege. Es werde vielmehr durch das Verschulden nur eine Voraussetzung beseitigt, von der das objektive Recht ohne das gegenteilige Verhalten zu befehlen, rechtliche Vorteile oder die Vermeidung rechtlicher Nachteile abhängig mache.[22]) Der Tatbestand dieses Verschuldens gegen sich selbst sei völlig parallel dem des Verschuldens gegen andere jedoch mit der Abweichung, daß, da eine Rechtspflicht zum Andershandeln nicht bestehe, das Verhalten weder objektiv, noch subjektiv rechtswidrig sein könne. Trotzdem dürfe von Verschulden nicht geredet werden, wenn das Verhalten nicht „gemißbilligt" würde. In vielen Fällen bestehe der Grund der Mißbilligung darin, daß der Handelnde eine ethische Pflicht gegen sich selbst verletze, die verlange, daß man nicht sich selbst Nachteile zufüge. Vom Interessenstandpunkt des Handelnden aus komme man zur Mißbilligung. In weiteren Fällen habe das Verhalten als solches noch keine nachteiligen Folgen, diese träten vielmehr erst auf Grund gesetzlicher Anordnung ein, wie § 1994 für die Erbenhaftung im Falle der Versäumung der Inventarfrist zeige. Lediglich mit Rücksicht auf diese Folge und wiederum vom eigenen Interessenstandpunkte aus spreche man hier von einem Verschulden. Auch hier werde vom objektiven Recht das zu dem Nachteile führende Verhalten nicht zu einer Rechtspflicht erhoben.

Folgt man dieser Lehre unter Berücksichtigung der ihr von den Nachfolgern gegebenen Modifikationen, so läßt sich sagen, daß ein sich selbst schädigendes Verhalten nicht rechtswidrig ist mangels eines Rechtsgebotes, jedoch es einer Pflicht zur Wahrnehmung seiner eigenen Interessen widerspricht, die jedem aus ethischen Pflichten gegen sich selbst auferlegt ist und deren Mißachtung von der Rechtsordnung gemißbilligt wird. Eine solche Pflichtverletzung stempelt das Verhalten zu einem schuldhaften im objektivem Sinne in gleicher Weise wie die Rechtswidrigkeit beim Verschulden im technischen Sinne das den Dritten schädigende Verhalten.

Die Stellung des Reichsgerichts zu dieser Frage ist nicht einheitlich. Auf der einen Seite finden sich Entscheidungen, in denen das Reichsgericht die Auffassung, § 254 verlange eine Rechtspflicht, verwirft.[23]) In anderen Entscheidungen hingegen spricht es nicht allein von einer Pflicht, sich selbst und das

[20]) Seite 67.
[21]) Seite 329.
[22]) Allgem. Teil S. 152.
[23]) DJZ 1903 S. 297 JW 1902 S. 170.

Seine tunlichst vor Schaden zu bewahren, oder sich selbst zu schützen[24]), sondern auch von einer Rechtspflicht den anderen gegenüber namentlich mit Rücksicht auf § 254 Abs. 2.[25])

IV. Die Schadensverteilung beim eigenen Verschulden.

Da vom Standpunkt der Bedingungstheorie und der Theorie der adäquaten Verursachung es Grade des Verschuldens nicht gibt, erscheint es notwendig klarzustellen, welche Momente für die Schadensverteilung maßgebend sein sollen und ob nicht trotz des entgegenstehenden Wortlautes des § das überwiegende Verschulden in erster Linie maßgebender Faktor für die Schadensverteilung ist. Zu dieser Ansicht sind Träger[1]) und von Leyden[2]) gekommen. Ihrer Ansicht, daß es Grade des Verschuldens nicht gibt, ist beizutreten, sodaß die herrschende Lehre, die dem Wortlaut des BGB folgt[3]), und die Schadensverteilung von einem kausalen Moment abhängig machen will, abzulehnen ist.[4])

Die Schwierigkeiten, die der Wortlaut des § 254 bereitet, lassen sich beseitigen, wenn man auf die Entstehungsgeschichte des § zurückgreift. Während noch in § 222 des ersten Entwurfes die Schadensverteilung von dem überwiegenden Verschulden auf der einen oder anderen Seite abhängig gemacht wurde, nahm man, als bei der Neufassung auch die Fälle der Veranlassungshaftung einbegriffen wurden, daran Anstoß, dann von einem Abwägen des gegenseitigen Verschuldens zu sprechen, wenn dem Schädiger ein Verschulden nicht zur Last fällt. Wohl nur aus diesem Grunde wählte man den in das BGB übernommenen Wortlaut. Vergegenwärtigt man sich noch, daß das Kausalitätsproblem erst nach der Fertigstellung des BGB so recht geklärt wurde und daß die Kausalitätstheorien, nach denen eine gradweise Bewertung verschiedener Ursachen möglich ist, das kausale mit dem Schuldmoment verbinden, so kommt man zu dem Schluß, daß im Falle des beiderseitigen Verschuldens das überwiegende Verschulden der maßgebende Faktor für eine Schadensverteilung ist.

---

[24]) RG 100 S. 44.
[25]) RG 62 S. 348, 55 S. 329, JW. 1909 S. 455, 1910 S. 63.
[1]) Träger S. 355.
[2]) S. 51.
[3]) So u. a. Schollmeyer zu § 254 Erl. 5, Oertmann zu § 254 Erl. I a, Staub zu § 347 Anm. 14, Cohn S. 117, Fischer-Henle zu § 254 Anm. 5, RG. 53 S. 394, 54 S. 13, Planck II a. a. O., der jedoch einräumt, unter Umständen brauche die Ursächlichkeit nicht den einzigen Maßstab für eine gerechte Verteilung des Schadens zu bilden.
[4]) Staudinger zu § 254 Erl. 2.

In den Fällen, in denen die haftungsbegründenden Tatsachen auf Seiten des Schädigers kein Verschulden des Ersatzpflichtigen voraussetzen, könnte man mit einem großen Teile der Literatur sagen, daß es in solchen Fällen von den Umständen abhängt, wie der Schade zu verteilen ist. Eine überzeugende Antwort ist damit aber nicht gegeben.

Auszugehen ist davon, daß unser Recht heute regelmäßig nur eine Verschuldenshaftung kennt, wenn auch die Ausnahmen zahlreich sind. In diesen Ausnahmefällen liegt aber ein besonderer Grund vor, über die Verschuldenshaftung hinauszugehen. Von Träger[5]), Poensgen[6]) und Müller-Erzbach[7]) sind Versuche gemacht, diese besonderen Gründe zu ordnen. Von den nach Träger als Gründe der Haftung für schuldlose Rechtsverletzung angegebenen Momente ist die Gefährdung fremder Rechtsgüter als maßgebendes anzusehen oder anders ausgedrückt: Haftung für die Gefährdung fremder Rechtsgüter, die durch die mit besonderen Gefahren für Dritte verbundene freie Betätigung eigener Interessen entsteht.[8])

So ist denn auch die Antwort gegeben, welche Momente im Falle des § 254 für eine Schadensverteilung maßgebend sein sollen, wenn die Haftung begründenden Tatsachen auf Seiten des Schädigers kein Verschulden des Ersatzpflichtigen voraussetzen. Es bleibt dann eben zu untersuchen, ob die Gefährdung das Verschulden auf der anderen Seite überwiegt.

V. Die entsprechende Anwendung des § 278 und die §§ 831 und 829 BGB.

Zu zahlreichen Streitfragen hat der letzte Satz des § 254 Abs. 2 Anlaß gegeben, der die entsprechende Anwendung des § 278 vorschreibt.

§ 278 lautet: der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie eigenes Verschulden.

Da der letzte Satz: die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung, im Absatze 2 steht, ergibt sich die Frage, wie diese Verweisung auf § 278 zu verstehen ist, namentlich ob sie auf den ganzen § 254 oder lediglich auf dessen zweiten Absatz sich bezieht. Die Frage hat eine eingehende Behandlung erfahren. Viele Spezialabhandlungen sind ihr gewidmet worden.[1])

---

[5]) Seite 294 ff.
[6]) Seite 12 ff.
[7]) Seite 25 ff.
[8]) Vergl. Müller-Erzbach Seite 35 ff., 38.
[1]) Siehe Kahn in Arch. f. b. R. Bd. 34 S. 356 ff.

Während ein Teil der Literatur[2]) für die Nichtanwendung des § 278 in den Fällen des § 254 Absatz 1 eintritt, erklärt sich der weitaus größte Teil der Schriftsteller für die Anwendung auch beim ersten Absatze, im Gegensatz zu der Meinung des Reichsgerichts in seiner konstanten Rechtssprechung.[3])

Von vielen Vertretern, die § 278 sowohl für Absatz 2 wie auch 1 für anwendbar erklären, wird kein Unterschied zwischen den Fällen des Absatzes zwei und denen des Absatzes 1 erblickt. Sie weisen vielmehr darauf hin, daß auch nach dem Wortlaut des Gesetzes die Fälle des Absatz 2 nur eine Unterkategorie von denen des Absatzes 1 sind, sodaß sich eine verschiedene Behandlung nicht rechtfertige.[4]) Weitere Argumente für die Anwendbarkeit des § 278 auf alle Fälle des § 254 sollen darin zu erblicken sein, daß im § 254 eine entsprechende Anwendung des § 278 vorgeschrieben sei. In den Fällen jedoch, in denen schon ein Schuldverhältnis vorliege, was namentlich in den Fällen des Absatzes 2 gegeben sei könne § 278 garnicht entsprechend, sondern nur direkt angewandt werden. Mithin müßte das Gebiet der entsprechenden Anwendung dort liegen, wo zwischen dem späteren Ersatzgläubiger und dem Ersatzschuldner noch kein Schuldverhältnis bestehe. Dies sei vor allem in den Fällen des § 254 Absatz 1 gegeben. Gegen alle die in der Literatur zu findenden Begründungen für die Anwendbarkeit des § 278 auf den ganzen § 254 lassen sich stets Gegengründe finden. Trotz dieser Gegengründe aber § 278 für Absatz 1 unanwendbar zu erklären, würde zu ganz unbilligen Ergebnissen führen, wie insbesondere Träger[5]) an Hand von Beispielen überzeugend nachgewiesen hat. Man wird daher nur der Ansicht beipflichten können, die in § 254 einen Redaktionsfehler für vorliegend erachtet[6]), indem nämlich der fragliche letzte Satz als dritter Absatz gedacht war, sodaß er für jeden der beiden vorhergehenden Absätze Geltung hätte.

Wie hervorgehoben, steht das Reichsgericht der herrschenden und überzeugenden Ansicht der Literatur ablehnend gegenüber. Es betont[7]) die Ungleichheit, die dadurch entstehen würde, daß sich der Beschädigte im Falle der Anwendung des § 278 ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters bezw. seines Gehilfen anrechnen lassen müsse, während der Schädiger nach § 831 die

---

[2]) Cohn S. 118, Endemann Bd. 1 § 132 A. 25, Prizibilla JW. 1909 S. 179.
[3]) Die Entscheidung RG. Bd. 62 S. 108 bildet eine Ausnahme.
[4]) Siehe auch Elsas Seite 150.
[5]) Seite 340.
[6]) Staub II § 347 Anm. 13, Staudinger II zu § 254 Erl. 5, Kohler Arch. f. ziv. Praxis 96, 1905, S. 355.
[7]) RG. 62 S. 346, auch RG. 91, 138.

Möglichkeit hätte, sich zu exkulpieren. Wie auch Grünebaum[8]) mit Recht betont, trifft diese Sachlage in den wenigsten Fällen zu. Während sie bei vertraglichen Schäden unmöglich ist, muß bei außerkontraktlichen der Schädiger den Exkulpationsbeweis antreten, an den ein strenger Maßstab gelegt wird. Kann dieser Beweis nicht erbracht werden, so steht der Geschädigte nicht schlechter da, als wenn ihm ein Verschulden der Personen aus § 278 entgegen gehalten wird. Gelingt dem Geschäftsherrn der Entlastungsbeweis, so kommt Letzterem gegenüber die Haftung des Selbstschädigers nach § 278 nicht in Frage, da eine Alleinschädigung vorliegt.[9])

Elsas[10]) muß zugestimmt werden, wenn er sagt: es mag prinzipiell ein Schönheitsfehler sein, auf den das Reichsgericht aufmerksam macht, mehr aber nicht; er führt nie zu einer Benachteiligung des Selbstschädigers dem Drittschädiger gegenüber, denn der Fall, der allein für einen unmittelbaren Vergleich der beiden Haftungen in Frage komme, an dem sich eine Ungerechtigkeit zeigen könnte, wäre der, daß dem Drittschädiger der Exkulpationsbeweis aus § 831 gelingt, während gleichzeitig der Selbstschädiger für einen Gehilfen auf dem strengeren § 278 in Verbindung mit § 254 haftet. Daß aber dieser Fall nie praktisch werden kann, liegt auf der Hand; er ist eine Unmöglichkeit.

Die Frage, ob § 831 auf den Geschädigten im Falle des § 254 anzuwenden ist, hat das Reichsgericht letzthin in einigen Entscheidungen mit treffender Begründung anerkannt.[11]) Da § 278 allgemein angewandt wird, liegt kein sichtlicher Grund vor, § 831 für unanwendbar zu erklären. Die Anwendungsfälle sind jedoch nicht zahlreich, weil § 831 nur angewandt werden kann, wenn § 278 ausgeschlossen ist. Immerhin ist die Anwendbarkeit des § 831 nicht lediglich von theoretischer Bedeutung wie ein Beispiel bei Elsas[12]) zeigt: es schicken die Eltern ihre kleinen Kinder mit ihrem neu engagierten Kutscher, den sie, ohne Erkundigungen eingezogen zu haben, einstellten, zu einer Spazierfahrt. Der Kutscher betrinkt sich unterwegs, es gibt einen Zusammenstoß mit einem anderen Fahrzeug, dessen Kutscher ebenfalls schuldhaft gehandelt hat, bei dem die Kinder verletzt werden. Hier ist das Verhalten des Kutschers den Eltern und somit in letzter Linie den Kindern als Verschulden anzurechnen, wenn Letztere von dem Inhaber des anderen Fuhrwerks Ersatz verlangen. Elsas meint, daß die culpa in eligendo nach § 831 von den Kindern nach § 278 zu vertreten sei, indem er den

[8]) Recht 1909 Seite 97 ff., Siehe auch Elsas S. 52.
[9]) Siehe auch Elsas S. 52.
[10]) a. a. O.
[11]) RG. 79 S. 312, 75 S. 259, JW. 1911, S. 806.
[12]) Seite 43.

Vater, nicht jedoch ohne Zweifel die Mutter, als gesetzlichen Vertreter gelten lassen will.

In der Literatur ist die Frage nicht unbestritten, ob § 254 auch bei § 831 anwendbar ist. Gegen die Anwendung sprechen sich Staudinger[13]) und Heuer[14]) aus, indem Heuer vorbringt, § 831 regele nur das Verhältnis zu Dritten, außerdem sei § 831 nicht in § 254 erwähnt. Die Argumente können jedoch nicht als stichhaltig angesehen werden. Abgesehen von den Begründungen des Reichsgerichts ist hervorzuheben, daß doch § 278 zunächst die Verantwortlichkeit fremden Personen gegenüber regelt. Mit Recht fragt hier Elsas[15]): warum ist es nicht ebenso ein Widersinn, wenn ein Minderjähriger gemäß § 254 Absatz 2 in Verbindung mit § 278 das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sich selbst gegenüber zu vertreten hat? Warum soll man dann nicht auch § 831 ebenfalls sinngemäß anwenden können? Weiter ist noch hervorzuheben, daß nach herrschender Lehre die Schadensersatzpflicht des § 831 auf dem Verschuldensprinzip beruht[16]) und nicht einen Fall der Gefährungshaftung darstellt. Aus der Tatsache endlich, daß § 831 in § 254 nicht aufgeführt worden ist, läßt sich nicht folgern, daß der Gesetzgeber eine entsprechende Anwendung des § 831 auf den Beschädigten hat ausschließen wollen.[17])

In diesem Zusammenhange ist die Frage von Interesse, ob § 254 auch im Falle des § 829 Anwendung finden kann, wo es sich um die Fälle eigenen Verschuldens Deliktsunfähiger handelt. Nach Ansicht des Reichsgerichts liegt hier eine Ausnahmevorschrift vor, sodaß durch Analogieschlüsse eine weitere Auslegung nicht möglich sei.[18]) Zu einem § 254 ablehnenden Ergebnis kommt auch ein Teil der Literatur, so Gottschalk[19]), der hervorhebt, daß in § 829 das Prinzip der Verantwortlichkeit ohne Verschulden gelte, hier also ein objektiv widerrechtlich sich verhaltender Verursacher haftbar gemacht werde, hingegen § 254 Widerrechtlichkeit auch in subjektiver Beziehung verlange. Gleiche Gründe werden auch von Staudinger[20]) vorgebracht. Obwohl die herrschende Meinung der Literatur diese Argumente nicht widerlegt hat, steht sie auf dem anderen Standpunkt und bejaht die Anwendung des § 254[21]). Auch das Reichsgericht hat

---

[13]) ad. § 831, 6 d.
[14]) Recht 1902 S. 147.
[15]) Seite 43.
[16]) Vergl. Staudinger zu 831 und die dort angegebene Literatur.
[17]) JW. 1911 Seite 806.
[18]) RG. 59 Seite 222.
[19]) Gottschalk Seite 37 ff.
[20]) ad § 254, 2 d und Liter. Vorbem. zu § 829.
[21]) Träger S. 342, Rümelin S. 315 ff., Oertmann zu § 254 2 c, Krückmann Iher. Jahrb. Bd. 55 S. 2 und die bei Elsas angegebene Lit. S. 39.

in einer Entscheidung[22]) seinen schroff ablehnenden Standpunkt einmal verlassen, ohne jedoch sich für eine direkte Anwendung auszusprechen.

§ 829 ist vornehmlich auf Billigkeitserwägungen zurückzuführen. Danach soll derjenige der deliktsunfähig ist, aber ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhaltes einen von ihm angerichteten Schaden wieder gut machen kann, sich einem wirtschaftlich schwachen Dritten gegenüber nicht auf seine Deliktsunfähigkeit berufen können. Es handelt sich also um eine Ausnahmevorschrift, bei der von dem Grundsatz der Verschuldenshaftung aus Billigkeitsgründen abgewichen ist. Aus oben genannten Gründen § 254 für unanwendbar zu erklären, hieße Recht in Unrecht verkehren, da ein Unterschied zwischen den anderen Haftungsfällen, in welchen § 254 ohne Zweifel angewandt wird, sehr oft nicht festzustellen ist.

Erwähnt sei zuletzt, daß mangels einer Bezugnahme in § 276 die Anwendbarkeit von § 829 bei Vertragsverhältnissen zwingend ausgeschlossen ist.

VI. Die Geltendmachung des eigenen Verschuldens im Prozeß.

Die Frage, ob das eigene Verschulden des Beschädigten nur auf sein Vorbringen hin, oder von Amts wegen zu berücksichtigen ist, hat im Prozeß eine große Bedeutung.

Grundsätzlich sei gesagt, daß der Beklagte abgesehen vom Vorbringen prozeßhindernder Einreden (§ 274 ZPO.) oder dem Leugnen der Klagetatsachen sich verteidigen kann entweder durch Geltendmachung rechtshemmender Einwendungen, gleich Einreden des BGB., d. h. durch ein Recht, das die Geltendmachung des Anspruchs, obwohl er besteht, zur Zeit oder dauernd verhindert, oder aber durch rechtsvernichtende Einwendungen, d. h. durch ein Vorbringen von Tatsachen, nach denen das behauptete klägerische Recht nicht entstanden oder wieder erloschen ist. Während bei der Einwendung des nicht entstandenen Rechts der Beklagte behauptet, der Tatbestand, aus dem sich regelmäßig das klägerische Recht ergebe, sei gegeben, doch sei ein Mangel vorhanden, welcher die Entstehung des Rechts gehindert habe, gibt der Beklagte bei Einwendung des wieder erloschenen Rechtes zwar die Entstehung des Rechtes zu, behauptet aber, das Recht sei weggefallen.

Wie Planck[1]) und Gottschalk[2]) mit Recht ausführen, gibt § 254 dem Beschädigten keine Berechtigung, eine Leistung zu verweigern, somit kein Einrederecht. Der Beschädigte macht

[22]) JW. 1906 Seite 55.
[1]) ad § 254 Ziffer 6.
[2]) Seite 126.

vielmehr die Schadensersatzforderung wie deren Umfang von gewissen Umständen abhängig. Wenn also das eigene Verschulden des Beschädigten so groß ist, daß es das Verschulden des an sich Ersatzpflichtigen überwiegt, so kommt eine Ersatzforderung garnicht zustande; denn das eigene Verschulden hindert die Entstehung. Falls jedoch das eigene Verschulden des Beschädigten zu dem Verschulden des Schädigers in einem anderen Verhältnis steht, wird lediglich ein den Umständen entsprechender Teil der Ersatzforderung an seiner Entstehung gehindert. Das klägerische Recht wird also ganz oder teilweise verneint, somit eine rechtsvernichtende Einwendung des nicht entstandenen Rechts erhoben.

Für den Richter ergibt sich aus dieser Feststellung, daß er, wenn das tatsächliche Vorbringen einer Partei einen die Entstehung der Ersatzpflicht nach § 254 ganz oder teilweise ausschließenden Umstand darstellt, von Amts wegen diesen berücksichtigen muß.[2])

Da das Nichtvorliegen eines Verschuldens als Regelfall vermutet wird, ist im Falle eines Bestreitens das Vorhandensein von dem zu beweisen, der sich darauf beruft, Der Schädiger hat darzulegen, daß bei der Entstehung des Schadens ein schuldhaftes Verhalten des Beschädigten mitgewirkt hat. In den Fällen des § 254 Abs. 2 ist er dafür beweispflichtig, daß der Beschädigte Maßnahmen vornehmen könnte und mußte, die imstande waren, den Eintritt des Schadens zu hindern oder seine Größe zu vergeringern. Lediglich Billigkeitsgründe können hier einmal zu einer Umkehrung der Beweislast führen, wie das Reichsgericht in der noch später genannten Entscheidung Bd. 60 S. 34 ausgeführt hat.

Zu erwähnen ist noch, daß bereits im Verfahren über den Grund eines Schadensersatzanspruches (§ 304 ZPO.) und nicht erst im Verfahren über die Höhe die Frage des eigenen Verschuldens geprüft werden muß.[3])

VII. Hinweis auf das Anwendungsgebiet des § 254.

a) Anwendungsfälle innerhalb des BGB.

Aus den Worten des § „bei der Entstehung eines Schadens“ und auch aus seiner systematischen Einordnung in den allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse ergibt sich, daß eine Rechtsnorm von allgemeiner Bedeutung vorliegt. Das Anwendungsgebiet des § 254 innerhalb des BGB ist, da die Vorschrift grundsätzlich auf Schadensersatzansprüche jeder Art Anwendung findet, mag es sich um Fälle einer Schadensersatzpflicht auf Grund Nichterfüllung einer kontraktlichen Verbindlichkeit,

[3]) Planck a. a. O.
[4]) Warn. Rspr. 1915 N. 36.

einer unerlaubten Handlung, oder besonderer Gesetzesvorschriften handeln, äußerst umfassend. Es können daher nur wenige Fälle herausgegriffen werden, die von besonderem Interesse sind.

Die Draufgabe (§§ 336 ff.) erfüllt zwei Funktionen. Als Zeichen für den Abschluß eines Vertrages ist sie einerseits anzusehen, dann aber auch bietet sie auf der anderen Seite dem Empfänger eine Sicherheit. Hat nämlich der Geber der Draufgabe schuldhaft die Aufhebung des Vertrages herbeigeführt oder die Unmöglichkeit seiner Leistung zu vertreten, so darf der Empfänger die Draufgabe behalten. In diesem Falle tritt die Draufgabe an die Stelle eines Schadensersatzes, wie auch aus § 338, Satz 2 geschlossen werden kann: Verlangt der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe im Zweifel anzurechnen, oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Leistung des Schadensersatzes zurückzugeben.

Zu beachten ist, daß nur „im Zweifel" d. h., wenn keine anderen Parteivereinbarungen getroffen sind, die Draufgabe an die Stelle des Schadensersatzes tritt. Haben nämlich die Parteien vereinbart, daß die Draufgabe auf eine evtl. Schadensersatzforderung nicht angerechnet werden soll, so hat sie den Charakter einer Strafe, bei der die sonst mögliche Anwendbarkeit des § 254 ausgeschlossen ist.

Von der Beantwortung der Frage, ob die sogenannte Vertragsstrafe als Schadensersatz anzusehen ist, hängt die weitere ab, ob der Einwand aus § 254 dem Gläubigeranspruch auf Einwand aus § 254 dem Gläubigeranspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe gegenüber zulässig ist.

Durch ein Strafversprechen kann ein doppelter Zweck verfolgt werden: einmal kann es als Zwangsmittel gegen den Schuldner dienen, sodann auch dem Gläubiger die Interessenforderung erleichtern und sichern.[1])

Im BGB werden zwei Arten von Vertragsstrafen unterschieden, die eine ist in § 339, die andere in § 342 enthalten.

Im ersteren Falle verspricht der Schuldner für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt, die Zahlung einer Geldsumme als Strafe. (§ 339.) Im zweiten Falle wird unter gleichen Voraussetzungen wie in § 339 als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen (§ 342).

Im ersten Falle ist zunächst zu prüfen, ob die beiden Sätze des § 339 einheitlich behandelt werden können, da an die Stelle des Verzuges (Satz 1) die Zuwiderhandlung bei einer Unterlassungspflicht tritt. Es erscheint zweifelhaft, ob ohne jedes Verschulden allein schon durch die Zuwiderhandlung die Strafe verwirkt ist. Rein wörtlich darf man den zweiten Satz des

[1]) Siehe Motive zu § 420 fr. d. 1. Entw., die im wesentlichen den § 339 ff. BGB entsprechen.

§ 339: „besteht die geschuldete Leistung in einer Unterlassung, so tritt die Verwirklichung mit der Zuwiderhandlung ein," nicht verstehen. Der Zusammenhang mit Satz 1 weist darauf hin, daß ein Verschulden des Schuldners nötig, jedoch der Gläubiger von dem Nachweis desselben frei ist, und dem Schuldner die Aufgabe bleibt, seine Schuldlosigkeit darzutun.[2]) § 339 kann somit einheitlich behandelt werden.

Weiterhin ist zu beachten, ob für den Fall die Strafe versprochen ist, daß vom Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfüllt wird (§ 340), oder er seiner Verbindlichkeit nicht gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit nachkommt. (§ 341.)

Aus §§ 339 und 340 ist für den ersteren Fall ersichtlich, daß der Anspruch auf die Vertragsstrafe und der Schadensersatzanspruch im wesentlichen gleichartig sind. Der Unterschied liegt nur darin, daß der Gläubiger, der die Vertragsstrafe verlangt, keinen Beweis für die Unmöglichkeit der Leistung anzutreten, noch seinen Schaden zu substantiieren braucht.

In dem zweiten Falle, in dem der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen hat, daß er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit erfüllt, kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen. (§ 341.)

Auch hier kann man sagen, daß der Schadensersatzanspruch und der Anspruch auf die Vertragsstrafe sich fast vollständig decken. Gleich wie bei § 340 an die Stelle des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung die Vertragsstrafe tritt, kommt hier der Anspruch auf Leistung der Vertragsstrafe für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzuges in Betracht. Die Vertragsstrafe verliert nicht dadurch ihren Charakter als Schadensersatz, daß der Gläubiger die Strafe neben der Erfüllung verlangen muß.

Zusammenfassend ist also zu folgern, daß in den Fällen, in denen die Vertragsstrafe in der Zahlung einer Geldsumme besteht, der Anspruch auf die Leistung der Vertragsstrafe als Schadensersatzanspruch anzusehen ist. Die Anwendbarkeit des § 254 ist somit gegeben.[3])

Im zweiten Falle gelangt man zu einem anderen Ergebnis. Für den Fall, daß der Schuldner eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme als Strafe versprochen hat, bestimmt § 342, daß der Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt. Schadensersatzanspruch und Anspruch auf die Vertragsstrafe stehen hier nebeneinander und decken sich nicht zum Teil wie in den beiden vorgenannten Fällen. Hier ist m. E. also die Anwendbarkeit des § 254 ausgeschlossen.

---

[2]) RG. 63 S. 116.
[3]) a. M. v. Leyden S. 92, Cohn S. 382 ff.

Von Interesse sind weiter die Probleme, die sich durch die Einwirkung des eigenen Verschuldens auf Gesamtgläubiger- und Gesamtschuldverhältnisse ergeben.

Im Falle der unechten Gesamtgläubigerschaft (§ 432 BGB.) ordnet das Gesetz selbst an, daß eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger wirkt, sodaß ein mitwirkendes Verschulden nicht den anderen Gläubigern zum Vor- oder Nachteile gereicht.

Bei der echten Gesamtgläubiger- wie auch Gesamtschuldnerschaft hat der Gesetzgeber bestimmte Vorschriften nicht gegeben. Für den Fall der Gesamtgläubigerschaft (§ 428 ff.) bestimmt § 429 Absatz 3 durch Verweisung auf § 425, daß das Verschulden eines der Gesamtgläubiger die Rechte der übrigen Gesamtgläubiger nicht berührt, soweit sich aus dem Schuldverhältnis nicht ein anderes ergibt. Wenn nun bei der Gesamtgläubigerschaft nur ein Schuldner den mehreren Gläubigern gegenübersteht, so trifft jedes Verschulden eines Gläubigers, soweit es sich auf die Leistung selbst bezieht, das Schuldverhältnis in seinem Bestande.[4]) Aus dem Schuldverhältnis ergibt sich somit, daß der Schuldner jedem Gläubiger gegenüber sich auf das mitwirkende Verschulden eines Gesamtgläubigers berufen kann, sofern das Verschulden zu der mangelhaften Erfüllung oder Nichterfüllung mitgewirkt hat. Zu demselben Ergebnis gelangt Elsas[5]) mit Hilfe des § 429 Absatz 2, indem er sagt, daß die schuldhafte Selbstschädigung in ihrer Wirkung insofern einer teilweisen Konfusion gleichstehe, als auch hier ein ohne sie voll bestehender Anspruch teilweise getilgt werde.

Im Verhältnis der Gläubiger untereinander hat der betreffende Gläubiger sein eigenes Verschulden den anderen gegenüber zu vertreten. Er greift hier in die Rechtssphäre Dritter ein, da der objektive Bestand des Forderungsrechtes oder eines Teiles vernichtet wird.

Im Falle der Gesamtschuldnerschaft sind Analogieschlüsse nicht möglich. § 425 Absatz 1: andere Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten, weist keine Anhaltspunkte auf, da das eigene Verschulden wohl in der Person des Gläubigers wirkt, man jedoch nicht sagen kann, daß es in der Person des Schuldners eingetreten ist.[6])

Die Fälle einer bestehenden Gesamtschuldnerschaft sind danach zu unterscheiden[7]), ob es sich von vornherein um eine gesamtschuldnerische Schadensersatzpflicht auf Grund irgend

[4]) So Cohn S. 385.
[5]) Seite 54.
[6]) So Cohn S. 385.
[7]) Siehe auch Elsas S. 54 ff.

einer Rechtsverletzung handelt, z. B. die kraft Gesetzes aus § 840, bei der der Beschädigte in gleicher Weise schuldhaft mitgewirkt hat. Hier tritt die Wirkung dieses eigenen Verschuldens des Beschädigten zu Gunsten aller ein, sodaß eine Minderung der Schadensersatzleistung nach § 254 allen anteilsmäßig zugute kommt. Besteht jedoch ein gesamtschuldnerisches Rechtsverhältnis derart, daß mehrere zu einer Leistung verpflichtet sind, und tritt eine von diesen, entweder von einem oder mehreren zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung hinzu, die nunmehr die Leistungspflicht in eine Schadensersatzpflicht umwandelt, so steht nur demjenigen der Einwand des eigenen Verschuldens zur Seite, zu dessen eigenen zum Schadensersatz verpflichtenden Verhalten auch ein solches des Gläubigers mitgewirkt hat. Von Leyden[8]) und Cohn[9]) machen diesen Unterschied nicht. Nach ihnen soll der einzelne Fall maßgebend sein, ob die Leistung in ihrem objektiven Bestande oder nur in Beziehung zu einem der Gesamtschuldner beeinflußt wird.

Im Falle des § 678 haftet der Geschäftsführer ohne Auftrag für den aus der Geschäftsführung entstehenden Schaden, sofern die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht und dies der Geschäftsführer erkennen mußte. Schuldhaft kann hier der Geschäftsherr insofern mitwirken, als er z. B. nicht sogleich oder zur Unzeit eingreift, sobald er Kenntnis erhält. Ergreift er keine Maßnahmen, um die Entstehung eines Irrtums zu verhüten oder trägt er sogar durch sein Verhalten dazu bei, so kann dieses sich als mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 darstellen.[10])

Bei den Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen ist § 254 grundsätzlich anwendbar. Die Tatbestände der §§ 823 Abs. 1 und 2, 824 und 826 lassen die Möglichkeit eines mitwirkenden Verschuldens zu.[11]) Z. B. kann im Falle des § 824 der Beschädigte durch sein Verhalten mit an der Entstehung und Verbreitung von den seinen Kredit gefährdenden oder ihm sonstige Nachteile verursachenden Gerüchten beitragen. Am häufigsten wird jedoch wohl dem Geschädigten ein eigenes Verschulden im Sinne des § 254 Abs. 2 vorzuwerfen sein.

§ 839 regelt die Ersatzpflicht für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten widerrechtlich zufügt. Wenn auch für den aus einer Amtspflichtverletzung eines Beamten entstehenden Schaden dem Verletzten ausschließlich das Reich, der Staat oder die Gemeinde, in deren Dienst der Beamte steht, haftet, so sei

---

[8]) S. 93.
[9]) a. a. O.
[10]) Vergl. Cohn S. 404, v. Leyden S. 98.
[11]) Vergl. Cohn S. 394 und 396, Gottschalk S. 67 ff.

im Folgenden der Kürze wegen von dem Beamten als dem Ersatzpflichtigen gesprochen.

In § 839 ist die Anwendbarkeit des § 254 insofern eingeengt, als die Folgen eines mitwirkenden Verschuldens im § selbst geregelt sind, indem Absatz 3 bestimmt: die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Unter Rechtsmitteln sind zu verstehen alle Rechtsbehelfe, durch die eine Entscheidung eines höheren Gerichts angerufen wird, nicht auch Erinnerungen und Beschwerden im Aufsichtswege, die Wiederaufnahme des Verfahrens, jedoch Erinnerungen nach §§ 766 und 104 ZPO.

Da § 839 eine lex spezialis darstellt, ist die Regelung soweit sie die Folgen eines mitwirkenden Verschuldens betrifft, eine ausschließliche. Behandelt ist nur der Fall, daß der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig den Gebrauch eines Rechtsmittels unterlassen hat. Ist dies der Fall, so entfällt ein Schadensersatzanspruch auch dann, wenn der Beamte vorsätzlich und der Verletzte nur fahrlässig gehandelt hat.

Im übrigen ist jedoch § 254 in vollem Umfange anwandbar[12]), zunächst wenn der Gebrauch des Rechtsmittels nicht in Frage kommen kann; dann aber auch, wenn die Einlegung des Rechtsmittels den Schaden nicht angewandt hat, der Verletzte aber aus anderen Gründen bei der Entstehung des Schadens schuldhaft mitgewirkt hat.

Die §§ 833 und 835 als Fälle, in denen der ersatzpflichtige Schädiger nicht nach dem Verschuldensprinzip haftet, sondern eine Gefährdungshaftung vorliegt, nehmen eine bedeutende Stellung in der Lehre von der Anwendung des § 254 ein. Seine Anwendung ist nicht nur allgemein anerkannt, sondern erweist sich auch als sehr notwendig, um die oft sehr unbillige ausgedehnte Haftung zu mildern, die besonders vor der Novelle von 1908 zu § 833 eintrat.

Die Haftung des Tierhalters für Luxustiere (§ 833 S. 1) ist sehr weitgehend. Von der Rechtssprechung ist die Haftung eingeschränkt worden dadurch, daß zur Anwendung des § 833 ein aus der tierischen Natur entspringendes, selbsttätiges und willkürliches Verhalten erforderlich ist. Das Tier muß gleichsam schuldhaft gehandelt haben.[13])

Ein willkürliches Verhalten liegt nicht vor, wenn das Tier dem ihm von einem Menschen aufgezwungenen Willen und seiner leitenden Hand folgt. Aus dem Zweck des Gesetzes läßt sich erkennen, daß diese Einschränkung des § 833 zutreffend ist und nicht jede Schädigung, die durch die Verwendung eines Tieres verursacht ist, eine Tierhalterhaftung begründen soll.

---

[12]) Siehe auch Cohn S. 399, v. Leyden S. 101, Gottschalk S. 113.
[13]) RG. 69, S. 399, 50, S. 180.

Grund für die in § 833 angeordnete Gefährdungshaftung ist die Ueberlegung, daß, wer als Tierhalter in seinem Interesse seine Mitmenschen Gefahren aussetzt, die durch das Tier drohen, auch den Schaden ersetzen muß, der durch diese Gefährdung entsteht. Dies hat zur Folge, daß eine Schadensersatzpflicht nur dann begründet sein kann, wenn der entstandene Schaden durch die Verwirklichung einer speziellen Tiergefahr verursacht worden ist.[14])

Bezüglich der Anwendung des § 254 kann der Tierhalter zunächst einwenden, der Verletzte habe selbst schuldhaft bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt. Es ist dann zu prüfen, ob der Schaden vorwiegend durch die Gefährdung oder das Verschulden des Verletzten verursacht ist.[15]) Wann ein schuldhaftes Mitwirken des Verletzten vorliegt, läßt sich nur an Hand des Einzelfalles entscheiden, ebenso welches Verhalten überwiegt und inwieweit ein vorliegendes Verschulden des Verletzten von Einfluß ist. Ein solches schuldhaftes Mitwirken liegt zweifellos vor, wenn jemand sich unnötigerweise oder fahrlässig der Gefährdung ausgesetzt hat. Von einem Verschulden im Sinne des § 254 kann aber nicht gesprochen werden, wenn jemand in Erfüllung einer rechtlichen und sittlichen Pflicht eingreift und hierbei verletzt wird, z. B. wenn jemand scheu gewordenen Pferden sich entgegenstellt, um die Verletzung anderer zu verhindern; es sei denn, daß er in einer Weise unvorsichtig gehandelt hat, die mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt unvereinbar ist.[16])

Krückmann[17]) und Oertmann[18]) gehen noch weiter. Sie wollen die Tierhalterhaftung entsprechend § 254 nicht nur einschränken, wenn ein eigentliches Verschulden des Verletzten den Schaden mitverursacht hat, sondern auch dann, wenn der Verletzte sich durch eigenen freien Willensentschluß den ihm bekannten oder doch bei Anwendung der verkehrsmäßigen Sorgfalt erkennbaren Einwirkungsbereich des Tieres aussetzt.

Diese Auslegung des § 254 muß als zu weitgehend abgelehnt werden, da sie gegen den gesetzgeberischen Gedanken in § 833 verstößt. Denn Zweck der normierten Gefährdungshaftung ist doch eben der, daß jeder, der in den Einwirkungskreis von Tieren kommt, gegen die besonderen von Tieren drohenden Gefahren geschützt sein soll. Oertmanns Theorie würde zur Folge haben, daß man an jedem Pferde, das an einer schmalen Straße steht, nicht vorbeigehen darf. Zu einer billigen Entscheidung

---

[14]) Träger S. 318.
[15]) Staudinger II zu § 833, E. 6e und die dort angeführten RG.-Entscheid.; Oertmann zu § 833 E 5.
[16]) Staudinger a. a. O.
[17]) Iher. Jahrb. 52, 428 ff.; 54, 107; 55, 1.
[18]) ad. § 833 E. 5.

gelangt man nur, wenn man § 254 wörtlich anwendet und die Anwendung eben von einem Verschulden des Verletzten abhängig macht.

Die Frage, wann eine vertragliche Ausschließung der Haftung aus § 833 angenommen werden muß, z. B. wenn der Verletzte aus Gefälligkeit zur Mitfahrt im Wagen zugelassen ist und infolge des nichtverschuldeten Scheuwerdens der Pferde Schaden erleidet, ist bestritten. Das Reichsgericht[19]) hat die Beantwortung stets vom Einzelfall abhängig gemacht. Eine allgemein gültige Norm läßt sich nicht aufstellen. Da die Vorschrift des § 833 nicht zwingendes Recht ist, wird man in der Mehrzahl der Fälle unterstellen können, daß der aus Gefälligkeit mitgenommene Verletzte auf eine Inanspruchnahme des Tierhalters stillschweigend verzichtet hat.

Eine ähnliche Rechtslage liegt vor, wenn ein Trainer von dem Pferd, welches ihm zum Zureiten übergeben ist, verletzt wird. Ein eigenes Verschulden kann darin erblickt werden, daß er eine Vertragspflicht dem Eigentümer gegenüber verletzt hat und diese in adäquatem Kausalzusammenhang zur erlittenen Verletzung steht.[20]) Die allgemeine Annahme, daß in einem solchen Vertragsverhältnis die Haftung ausgeschlossen sein soll, ist nicht angängig.

Zweifelhaft erscheint es, ob § 254 auch dann anwendbar ist, wenn bei der Entstehung des Schadens zwar kein Verschulden des Beschädigten, wohl aber ein Tier mitgewirkt hat, für das der Verletzte nach § 833 haftet. Direkt läßt sich § 254 nur dann anwenden, wenn dem Beschädigten zwar kein Verschulden unmittelbar bei der Entstehung des Schadens, wohl aber bezüglich der Beaufsichtigung seines Tieres zur Last fällt. Wird ein solches Verschulden aber nicht nachgewiesen, so ist eine direkte Anwendung des § 254 ausgeschlossen. Aus Billigkeitsgründen gelangt man aber zu einer entsprechenden Anwendung.

Berücksichtigt man, daß einem Verletzten, der durch die Tiere zweier Tierhalter verletzt wird, ohne Rücksicht auf Verschulden gemäß § 833 Satz 1 beide Tierhalter schadensersatzpflichtig sind, so ist nicht einzusehen, warum die Haftung des Beschädigten ausgeschlossen sein soll, wenn sich das Tun der beiden Tiere gegen ihn selbst richtet. In solchen Fällen gebietet die Billigkeit eine analoge Anwendung des § 254 und dem bei der Entstehung eines Schadens mitwirkenden Verschulden des Verletzten die nicht durch sein subjektives Verschulden bedingte, aber im Gesetz begründete Verantwortlichkeit des Verletzten für eine bei der Entstehung des Schadens mitwirkende Tatsache

[19]) RG. 54, 73; 65, 313; 77, 431; vergl. dazu v. Lippmann in Bl. 1908 S. 658 f.
[20]) RG. 58 S. 410.
[21]) Staudinger zu § 833 E. 6 e.

gleichzustellen; d. h. hier die Verantwortlichkeit für das Tun des von dem Verletzten gehaltenen Tieres.[21]) Zum gleichen Ergebnis jedoch auf anderem Wege gelangt das Reichsgericht.[22])

Auch im Falle des § 835 kann ein eigenes Verschulden vorliegen, so z. B. wenn ein Bauer es unterläßt, auf einem wie ihm bekannt besonders gefährdeten Acker die Feldfrüchte rechtzeitig einzuernten, oder der Eigentümer einer Baumschule die Einfriedigung nicht in Stand hält oder die Bäume gegen das Abschaben der Rinde durch Umwickelung mit Dornen oder durch ein Drahtgitter schützt.[23])

In der Zeit vor der Geltung des BGB wurde die Meinung in der Rechtswissenschaft vertreten[24]), das Recht eines Verletzten auf die Unversehrtheit seines Körpers gehe so weit, daß es dem Verletzten niemals zum Verschulden gereiche, wenn er mit Rücksicht auf sein freies Recht zur Bestimmung über die Unversehrtheit seines Körpers es ablehne, sich einer Operation zu unterziehen, um den Umfang der Schadensersatzpflicht eines anderen zu mindern. Daneben hat auch die Rücksicht darauf mitgesprochen, daß selbst bei regelmäßig ungefährlichen Operationen aus irgend einem unvorhergesehenen Umstande sich die schwersten Nachteile ergeben und sogar der Tod eintreten oder der regelmäßig zu erwartende Erfolg dennoch ausbleiben könnte. Es wurde für ungerechtfertigt gehalten, dem Verletzten durch Verweigerung des vollen Ersatzes des von ihm erlittenen Schadens zuzumuten, sich aus Rücksicht auf den Schadensersatzpflichtigen einer unter gewöhnlichen Verhältnissen gefahrlosen und sicher wirkenden Operation zu unterziehen.

Von der Wissenschaft und Rechtsprechung[25]) ist aber vornehmlich unter dem Einfluß des BGB dieser lediglich die Rechtslage des Verletzten berücksichtigende Standpunkt aufgegeben worden.

Von vornherein sind die Fälle auszuscheiden, in denen der Verletzte aus übergroßer Aengstlichkeit oder Empfindlichkeit sich weigert, einen Arzt zu Rate zu ziehen. Weiter wird man den Kranken, die aus Eigensinn oder gar Böswilligkeit es unterlassen, ärztliche Vorschläge anzunehmen, ein solches Verhalten als Verschulden anrechnen.

Die Schwierigkeiten beginnen erst, wenn man fragt, unter welcher Voraussetzung ein Verletzter sich einer Operation oder Heilbehandlung in einer geschlossenen Anstalt unterziehen muß, sofern man ihm nicht sein ablehnendes Verhalten als Verschulden anrechnen muß.

---

[22]) RG. 67, 121.
[23]) RG. 52, 349.
[24]) RG. 83, 18.
[25]) RG. 83, 18; 60, 148; JW. 1907 S. 740.

Vorweg ist festzustellen, daß der Schadensersatzpflichtige dem Verletzten die Kosten für die Heilbehandlung vorstrecken muß, wenn er nicht zu erkennen gibt, daß er für sie eintritt. „Denn da lediglich der Verletzte oder der sonst für die Folgen der Verletzung haftende schadensersatzpflichtig ist, so ist ein im übrigen soweit wie möglich geheilter Verletzter nicht gehalten, nur um den Umfang der Ersatzpflicht des Haftenden zu mindern, auch noch irgendwie erhebliche Mittel aus seinem Vermögen zur Durchführung einer Operation aufzuwenden.[26])

In klaren, die Interessen beider Parteien, des Ersatzpflichtigen wie des Verletzten, berücksichtigenden Sätzen hat das Reichsgericht in der vorgenannten Entscheidung die Forderungen aufgestellt, die an die Begründung des Einwandes zu stellen sind, der Verletzte habe es unterlassen, durch eine Operation seine Erwerbsfähigkeit ganz oder teilweise wiederherstellen zu lassen. „Zunächst muß die Operation nach dem Gutachten von Sachverständigen gefahrlos sein, und zwar in dem Sinne, wie überhaupt nach dem jeweiligen Stande der ärztlichen Wissenschaft von einer Gefahrlosigkeit gesprochen werden kann, d. h. soweit nicht unvorhersehbare Umstände eine Gefahr bedingen. Damit scheiden alle Operationen aus, die im Gegensatze zu der bloßen örtlichen Unempfindlichmachung nur in der Chloroformnarkose vorgenommen werden können, weil hierbei die Möglichkeit eines tödlichen Ausganges trotz sorgfältigster vorheriger Untersuchung der Körperbeschaffenheit des Leidenden im voraus nicht mit Sicherheit auszuschließen ist. Die Operation darf ferner nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft sein, weil dem Verletzten, der überhaupt nur durch eine von dem Schadensersatzpflichtigen zu vertretende Tatsache in die Lage gebracht worden ist, sich besonderen Maßnahmen zur Wiederherstellung seiner Erwerbsfähigkeit zu unterwerfen, nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, zu diesem Behufe auch noch beträchtliche Schmerzen auf sich zu nehmen. Sodann muß die Ausführung der Operation nach dem Gutachten von Sachverständigen mit Sicherheit eine beträchtliche Besserung der Leistungsfähigkeit des Verletzten erwarten lassen, also entweder eine völlige Wiederherstellung oder wenigstens eine sehr erhebliche Steigerung seiner Erwerbsfähigkeit.“ Gleiche Anforderungen stellen auch Gottschalk[27]) und Oertmann.[28])

Zu welch unbilligen Entscheidungen die Verweigerung einer Narkose, die unstreitig als gefahrvolle Operation angesehen wird, führen kann, zeigt ein Beispiel, das Strahl[29]) anführt, in welchem ein Kranker nach ärztlicher Behandlung seines verletzten

[26]) RG. 83, 20.
[27]) Seite 95.
[28]) ad § 254.
[29]) Seite 51.

Knies angibt, er könne dies nicht mehr beugen. Da der Arzt annimmt, der Patient simuliere, fordert er ihn auf, zur Klärung des Falles sich narkotisieren zu lassen. Die Narkose unterbleibt infolge der Verweigerung des Patienten, sodaß ihm eine Rente zuerkannt wird. Nach einiger Zeit kommt derselbe Patient mit einem Absceß zu seinem Arzt und muß zur Heilung nun unter allen Umständen narkotisiert werden. Bei eingetretener Narkose zeigt sich sofort, daß das angeblich steife Knie vollkommen beweglich ist.

Wenngleich dem Patienten die Verweigerung der Narkose nicht als Verschulden anzurechnen war, so zeigt das Beispiel doch, wie leicht die Verallgemeinerung des Verweigerungsrechtes zu unbilligen Entscheidungen führen kann, die jedoch unvermeidlich sind, so lange nicht eine objektiv gefahrlose Methode der Untersuchung gefunden ist.

Aehnliche Gesichtspunkte, wie sie zu der Entscheidung im 83. Bande geführt haben, liegen auch der Entscheidung im 60. Bande[30]) zu Grunde. Hier handelt es sich um den Fall, ob dem Verletzten es als Verschulden anzurechnen ist, nicht zu geeigneter Zeit eine Heilanstalt zur Linderung seines Nervenleidens aufgesucht zu haben. Mit Recht führt das Reichsgericht aus, daß, wenn lediglich eine Behandlung in einer geschlossenen Anstalt zur Heilung in Frage komme, der Verletzte es in Kauf nehmen müsse, dadurch in der Freiheit seines Tuns und Lassens beschränkt und auch von anderen Aerzten als den gewünschten behandelt zu werden. Vor allem spricht das Reichsgericht eindeutig aus, für die Beurteilung der Einrede, daß der Kläger, indem er böswillig oder in schuldhaftem Eigensinn unterlassen habe, eine Nervenanstalt aufzusuchen, die Fortdauer seiner Krankheit selbst verschuldet habe, es nicht entscheidend sei, ob gegenwärtig von der Behandlung in einer Anstalt ein wesentlicher Erfolg zu erwarten sei, es vielmehr darauf ankomme, welcher Erfolg eingetreten wäre, wenn der Kläger sich rechtzeitig einer Kur in einer geeigneten Anstalt unterworfen hätte.

Prozessual ist hier zu bemerken, daß das Reichsgericht es bezüglich der Beweislast als ausreichend ansieht, wenn der Schadensersatzpflichtige dartut, daß es ein Mittel gegeben hat, welches nach den Ergebnissen der medizinischen Wissenschaft eine Heilung oder doch eine wesentliche Besserung herbeizuführen geeignet ist, dieses Mittel dem Verletzten auch bekannt und seine Anwendung für ihn auch möglich war. Dem Verletzten liegt dann der Beweis ob, die Gründe darzulegen, die ihn von der Anwendung des Mittels abgehalten haben und nachzuweisen, daß das Mittel keinen günstigen Erfolg gehabt haben würde. Auch darin ist dem Reichsgericht zuzustimmen, daß es diese Beweislastverteilung selbst da für gerechtfertigt hält, wo ein

[30]) RG. 60, 149.

Erfolg nur als einigermaßen wahrscheinlich angesehen werden kann, sofern die Kur eine Steigerung der Lebensgefahr und der Schmerzen nicht mit sich bringt.

Erwähnt sei noch, daß von einer Anwendung des § 254 gar keine Rede sein kann und der Schaden nicht im Sinne dieses § vergrößert worden ist, wenn durch die Behandlung eines in einer Pflichtkasse befindlichen Verletzten als Privatpatienten gegenüber einer Kassenbehandlung erhöhte Arztkosten entstehen. Weder direkt, noch durch entsprechende Anwendung kann eine Verpflichtung des Verletzten aus § 254 hergeleitet werden, im Interesse des Schadensersatzpflichtigen die Arztkosten möglichst niedrig zu halten, da der Schaden in der Verletzung und nicht in den zu ihrer Heilung aufzuwendenden Arztkosten besteht. In diesem Falle ist nach § 249 Satz 2 zu entscheiden, ob die Kosten durch die Behandlung als Privatpatient als erforderlich anzusehen sind.

b) Analoge Anwendung des § 254.

Dem Wortlaute nach bezieht sich § 254 nur auf die Fälle der Schadensersatzpflicht. Den in ihm enthaltenen Rechtsgrundsätzen ist aber eine über diese Fälle hinausgehende Bedeutung beizulegen: denn durch § 254 haben allgemein gültige Rechtsgedanken Ausdruck gefunden, die auch auf anderen Rechtsgebieten dann, wenn es sich um die nicht durch besondere gesetzliche Bestimmungen geregelte Frage des Vorliegens eines rechtlich in Betracht kommenden Verschuldens von zwei oder mehr Personen handelt, Beachtung verdienen, weil durch sie allein eine allgemeinen Rechtsgrundsätzen und zugleich der Billigkeit entsprechende und der verschiedenen Gestaltung der Einzelfälle sich anpassende Entscheidung der Frage zu erzielen ist, ob und wieweit der einzelne Beteiligte trotz des Mitverschuldens eines oder mehrerer Anderer für sein Verschulden und die sich hieraus ergebenden Folgen verantwortlich ist und die dadurch erwachsenen Nachteile selbst zu tragen hat.[31])

Mit dieser Begründung hat das Reichsgericht die Grundsätze des § 254 zur entsprechenden Anwendung gebracht in einem Falle, in welchem es sich um die Unmöglichkeit der Leistung handelte, die teils von der einen, teils von der anderen Seite verschuldet war, und nicht eine Schadensersatzforderung den Streitgegenstand bildete, sondern die Berechtigung zum Rücktritt nach § 325 BGB strittig war.

Dem Reichsgericht ist zuzustimmen, denn es würde ein durch keinen inneren Grund zu rechtfertigendes Ergebnis sein, wenn in Fällen, in denen die Unmöglichkeit der Leistung teils durch den einen, teils durch den anderen Teil zu vertreten ist, die Anwendung der Grundsätze des § 254 davon abhinge, ob der,

[31]) RG. 71, 191.

dem die betreffende Leistung geschuldet war, gemäß § 325 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt oder ob er vom Vertrage zurücktritt, während doch sein eigenes Verschulden in dem einen wie dem anderen Falle in gleicher Weise zu berücksichtigen bleibt.

Ist bei einem gegenseitigen Vertrage die Unmöglichkeit der Leistung teils vom Gläubiger, teils vom Schuldner zu vertreten, so wird durch die Vorfrage, wessen Verschulden als das die Gesetzesanwendung bestimmende anzusehen ist und ob sich hiernach eine vollständige oder teilweise Anwendung der Vorschriften des § 325 oder des § 324 rechtfertigt, zweckmäßig nach den sich aus § 254 ergebenden Rechtsgrundsätzen zu entscheiden sein, da ein anderer Weg, um zu einer sachgemäßen, billigen Entscheidung zu gelangen, nicht gangbar ist.[32])

Gleiche Gesichtspunkte gelten, wenn bei Wandlungsansprüchen beiderseitiges Verschulden konkurriert und in Frage steht, auf wessen Verschulden die Unmöglichkeit der Rückgewähr zurückzuführen ist, es sich also um die Feststellung handelt, ob § 351 Platz zu greifen hat oder nicht.[33])

c) Anwendungsfälle des § 254 in anderen Reichsgesetzen und den Landesgesetzen.

Aus der Stellung des BGB zu den übrigen Reichsgesetzen ist zu ersehen, daß, soweit nicht ein besonderer Zweck und der Wille des Gesetzgebers entgegensteht, die allgemeinen Vorschriften des BGB in allen Reichsgesetzen zur Anwendung gelangen. Der Einwand aus § 254 BGB ist daher in allen Reichsgesetzen zu berücksichtigen, sofern nicht in dem besonderen Gesetz das mitwirkende Verschulden des Geschädigten in einer das BGB ausschließenden Weise geregelt ist.

Da Art. 2 des EGHGB. besagt, daß in Handelssachen die Vorschriften des BGB insoweit zur Anwendung zu kommen haben, als nicht im HGB. oder dem Einführungsgesetz ein anderes bestimmt ist, stehen Bedenken gegen eine Berücksichtigung des § 254 nicht im Wege. Auf einige wichtige Anwendungsfälle sei im folgenden hingewiesen.

§ 62 Absatz 3, der übrigens dem § 618 Absatz 3 BGB entspricht, enthält durch seinen Hinweis auf §§ 842—846 BGB indirekt eine positivrechtliche Verweisung auf § 254, indem § 846 auf § 254 Bezug nimmt. Es kann also einem Dritten, — entgegen dem allgemeinen Grundsatz, daß das eigene Verschulden in der Person des Ersatzberechtigten vorliegen soll — der im Falle der Tötung einen Schadensersatzanspruch erhebt, ein eigenes Verschulden des Getöteten entgegengehalten werden. Voraussetzung ist jedoch, daß das eigene Verschulden im adä-

[32]) RG. 71, 191.
[33]) RG. 56, 267.

quaten Kausalzusammenhang mit der Tötung steht, sofern der Ersatzanspruch des Dritten gekürzt oder gänzlich abgewiesen werden soll.

Von Bedeutung mit Rücksicht auf das Wesen des eigenen Verschuldens und somit für die Anwendung des § 254 ist § 347 Absatz 1 HGB. Danach hat derjenige, der aus einem Geschäfte, welches auf einer Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes einzustehen. Die Verletzung der Vorschrift ist grundsätzlich als ein Eingriff in die Rechte Dritter anzusehen und macht den Täter schadensersatzpflichtig. Der Grundsatz, daß ein Kaufmann zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verpflichtet ist, gilt aber nicht nur im Verhältnis zu Dritten, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch in eigenen Angelegenheiten. Die Verletzung der Sorgfaltspflicht stellt sich also häufig als ein eigenes, bei der Entstehung eines Schadens mitwirkendes Verschulden dar. Sehr oft wird somit eine Einwendung aus § 254 BGB in Verbindung mit §§ 347, 373 f. HGB für den schadensersatzpflichtigen Schuldner möglich sein. Vornehmlich wird es sich um Fälle eines unterlassenen Deckungskaufes, eines schuldhaft verspäteten Verkaufes oder ungünstigen Deckungskaufes handeln, die sich unter Umständen als eine Verletzung kaufmännischer Sorgfaltspflicht darstellen.

Die enge Verquickung des materiellen und formellen Rechts, von denen Letzteres die Formen der Durchführung jenes regelt und für dessen Verwirklichung den Weg weist, läßt erkennen, daß ein einheitliches Ganzes vorliegt. Die wechselseitige Bezugnahme des BGB und der ZPO auf einander und die Aenderung der ZPO bei der Einführung des BGB.[34]) hatten offenbar den Zweck, die Vorschriften der ZPO mit denen des BGB in Einklang zu bringen.

Hieraus folgt, daß auch gegenüber den Schadensersatzansprüchen aus der ZPO der Einwand des § 254 zulässig ist.[35]) Vornehmlich sind es die Fälle des § 302 Absatz 4 (Vollstreckung aus einem Vorbehaltsurteil), § 600 Absatz 2 (dasselbe im Wechsel- und Urkundsprozeß), § 717 Absatz 2 (Vollstreckung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils) und § 945 (ungerechtfertigter Arrestvollzug und einstweilige Verfügung).

Den Grund der Haftung bildet die objektive Rechtswidrigkeit aus dem Gesichtspunkt der Gefährungshaftung. Vergleichbar sind die genannten Vorschriften mit denen des § 231 BGB mit dem Unterschiede, daß die unerlaubte Selbsthilfe (§ 231 BGB) sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich widerrechtlich ist, hingegen die Vollstreckung aus einen der genannten

---

[34]) Art. 1 des EGBGB und Art. 1 des Ges. betr. Aenderung der ZPO v. 17. 5. 1898.

[35]) Vgl. Cohn Seite 410 f., Gottschalk S. 75.

Titel, die sich später als unberechtigt herausstellen, nur privatrechtlich widerrechtlich ist. Wenn auch der vollstreckbare Titel dem Obsiegenden die Berechtigung gibt, von dem Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung zu verlangen, so handelt er dem Unterliegenden gegenüber widerrechtlich, wenn er keinen Anspruch auf das Beigetriebene hat und trotzdem vollstreckt.

Die Frage, welche Tatsachen im Einzelfalle dem Vollstrekkungsgegner als Verschulden anzurechnen sind, macht Schwierigkeiten, die jedoch nicht rechtlicher Art sind, sondern auf tatsächlichem Gebiete liegen. Es lassen sich allgemein gültige Regeln für die Zulässigkeit des Einwandes aus § 254 nicht aufstellen.[36]) Stets wird die Lage des Einzelfalles entscheidend sein. Häufig wird man es den Beklagten als Verschulden anrechnen können, daß er die nach § 685 ZPO zulässige Rüge der Unzulässigkeit oder beschränkten Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung oder eine Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung unterläßt, obwohl es ihm möglich gewesen wäre und ein besonders hoher Schaden hätte vermieden werden können. Den Beklagten kann auch ein Verschulden treffen, indem er es unterläßt, auf einen hohen Schaden hinzuweisen, der dadurch entsteht, daß die gepfändete Sache zu niedrig geschätzt wird. Bei der Vollstreckung einer Arrestforderung kann insofern ein mitwirkendes Verschulden gefunden werden, als der Schuldner durch sein Verhalten die Vollziehung des Arrestes veranlaßt hat.[37])

Das Kraftfahrzeuggesetz vom 3. 5. 1909 enthält eine direkte Verweisung auf § 254 BGB. Die Anwendung des § 254 setzt sowohl auf Seiten des Autohalters wie des Verletzten ein Verschulden voraus. Während nach § 7 des Gesetzes die Haftung des Automobilhalters durch das Verhalten des Verletzten ausgeschlossen wird, sofern ersterer nachweist, daß der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht ist (§ 7 Abs. 2), ordnet § 9 an: hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt, so finden die Vorschriften des § 254. . . . Anwendung. Mit Rücksicht auf § 7 kann das mitwirkende Verschulden in § 9 nur da von Bedeutung sein, wo an sich die Voraussetzungen für die Haftung nach § 7 vorliegen, also nicht da, wo der Halter den Entlastungsbeweis aus § 7 Absatz 2 oder 3 oder § 8 Z. 1 oder 2 führt.

In § 9 bestimmt das Kraftfahrzeuggesetz weiter, daß die Vorschriften des § 254 mit der Maßnahme Anwendung finden, daß im Falle der Beschädigung einer Sache das Verschulden desjenigen, welcher die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, dem Verschulden des Verletzten gleich steht. Diese Vorschrift bedarf um deßwegen einer Erwähnung, weil hier der Gesetz-

---

[36]) A. M. Cohn S. 413.
[37]) RG. 64, 283; JW. 1903 Beil. S. 67 Nr. 155; JW. 1909, 315.

geber weit über den Rahmen des letzten Satzes von § 254, in welchem § 278 für entsprechend anwendbar erklärt wird, hinausgeht, indem er durch die Schlußworte des § 9 die Fälle treffen will, in denen der schuldhaft Handelnde die tatsächliche Gewalt ohne Zutun des Eigentümers erlangt hat, z. B. als Dieb. Das mitwirkende Verschulden eines solchen hat der Eigentümer der in Händen des Diebes durch einen Kraftfahrzeugunfall beschädigten Sache gegen sich gelten zu lassen.

Ein bedeutendes Gebiet für die Anwendung des § 254 ist das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. 6. 1871. Die in Frage kommenden §§ lauten:

§ 1. Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist.

§ 2. Wer ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei oder eine Fabrik betreibt, haftet, wenn ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstvorrichtungen den Tod oder die Körperverletzung eines Menschen herbeigeführt hat, für den dadurch entstandenen Schaden.

Der § 2 spielt zwar keine große Rolle mehr, da für die in einem Betrieb beschäftigten Arbeiter die Reichsversicherungsordnung Platz greift. Im übrigen konkurriert die Haftung mit derjenigen aus §§ 31, 278 und 831 BGB. Nur wenn Personen, die in keinem Vertragsverhältnis zu dem Unternehmen stehen, verletzt werden, ist für den Verletzten § 2 RHG günstiger als § 831 BGB, da die Bestimmungen des RHG zwingendes Recht sind und somit nicht durch Vertrag weggedungen werden können; jedoch fordert § 2 RHG ein Verschulden der Hilfspersonen.

In der Rechtssprechung[38]) und Literatur[39]) herrscht Einigkeit darüber, daß § 254 für alle Fälle des RHG anwendbar ist. Das Reichsgericht weist in seiner Entscheidung Bd. 53, 75 ausführlich darauf hin, daß die Neuredaktion eine Anzahl von Reichsgesetzen im Einführungsgesetz zum BGB, darunter auch die in Art. 42 vorgenommene des RHG, den ausgesprochenen Zweck hat, die Vorschriften dieser Gesetze mit dem BGB im Einklang zu bringen, sodaß das neue Recht des BGB zusammen mit dem in Art. 32 EG. aufrechterhaltenen bisherigen Reichsrecht als eine einheitliche Kodifikation sich darstellt. Hieraus folgt, daß die allgemeinen Vorschriften des BGB im ersten Buche wie im ersten Abschnitte des zweiten Buches auch die in den Einzelgesetzen geregelten

[38]) RG. 53, 75; 63, 332; 62, 350.

[39]) Planck VI S. 141, Staudinger § 254 E. 2 a, Gottschalk S. 115, Oertmann zu § 254 E. 3; a. A. jedoch Eger S. 144 f.

Rechtsmaterien erfassen, soweit nicht ein besonderer Zweck und gesetzgeberischer Gedanke der Letzteren dem entgegensteht.

Das Gesetz selbst (§ 1) besagt, daß eine Haftung des Betriebsunternehmers ausgeschlossen ist, § 254 also nicht berücksichtigt wird, wenn der Unternehmer den Beweis erbringt, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder eigenes Verschulden des Verletzten „allein" verursacht ist. Das Reichsgericht geht hier noch weiter. Es vertritt die Ansicht, daß Unfälle im Betriebe einer Eisenbahn niemals allein auf das Verschulden des Verletzten zurückzuführen seien; immer wirke die Betriebsgefahr mit und das Verschulden des Verletzten erscheine nur als mitwirkende Ursache.[40])

Um sich dieser Ansicht anschließen zu können, muß man das RHG. dahin auslegen, daß es eine Haftung für die dem Eisenbahnbetriebe eigenen Gefahren, nicht eine Gefährdungshaftung schlechthin statuiert. Zu dieser Annahme zwingt zwar § 1 nicht, doch geht man wohl nicht fehl, wenn man unterstellt, der Gesetzgeber habe nur eine Haftung für die dem Eisenbahnbetriebe eigentümlichen Gefahren anordnen wollen.[41])

Sofern bei der Entstehung eines Schadens eine Betriebsgefahr mitgewirkt hat, so ist die von dem Unternehmer zu vertretende allgemeine Betriebsgefahr und das Verschulden des Verletzten gegeneinander abzuwägen.[42]) Sofern jedoch allgemeine Betriebsgefahr grobem Verschulden gegenübersteht, so wird in der Regel ein Schadensersatzanspruch zu versagen sein.[43]) Feste Regeln lassen sich hier nicht geben. Stets wird Fall eine besondere Beurteilung erfordern.

Erhöht sich die Betriebsgefahr, so hat dieses zu Gunsten des Verletzten Berücksichtigung zu finden,[44]) wobei ein Verschulden eines Angestellten der Eisenbahn als Erhöhung zu werten ist. Dies hat auch dann einzutreten, wenn der Unternehmer nach § 278 und § 831 BGB nicht zu haften braucht.

Die Stellung des § 254 BGB zu den Landesgesetzen ist dahin zu charakterisieren, daß § 254 als Rechtsnorm innerhalb der allgemeinen Vorschriften des BGB, auch auf Schadensersatzansprüche Geltung hat, die sich auf Landesrecht stützen; seine Anwendung jedoch ausgeschlossen ist, wenn er mit dem Wortlaut und dem Zweck des betreffenden Landesgesetzes unvereinbar ist. Auch dann kann § 254 nicht angewandt werden, wenn sich aus dem Vorbehalt ergibt, daß das Landesgesetz in einem die Anwendung des § 254 ausschließenden Umfange aufrecht er-

[40]) RG. JW. 1905, 77; Recht 1905, 558.
[41]) Vgl. Träger S. 303.
[42]) RG. 56,154.
[43]) RG. 56, 154; JW. 1908, 552; Recht 1908 N. 2883.
[44]) RG. 56, 154; JW. 1908, 552; Recht 1908 N. 2883; 1909, 2314.

halten bezw. die Materie in diesem weiteren Umfange der landesgesetzlichen Regelung vorbehalten ist. Zu berücksichtigen bleibt, daß durch das BGB das Landesprivatrecht grundsätzlich aufgehoben und ausgeschlossen ist, sodaß im Zweifelsfalle die allgemeinen Normen des BGB auch für die den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien maßgebend ist.